Die Aufklärung des Patienten in ihrer Bedeutung für das ärztliche Handeln

Artur Ziegler

1962

DIE AUFKLÄRUNG DES PATIENTEN
in ihrer Bedeutung für das ärztliche Handeln

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Artur Ziegler

1962

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Referent: Prof. Dr. K.Engisch
Correferent: Prof. Dr. R.Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 30.Juli 1962

Satz u. Druck Steinbauer u. Rau, München 2

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1) Gegenstand und Ziel der Arbeit 1

§ 2) Das Selbstbestimmungsrecht und seine Grenzen 4

§ 3) Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts bei Handlungsunfähigkeit des Patienten 15

§ 4) Die Einwilligung 22

§ 5) Die inhaltlichen Mängel der Einwilligung und die Pflicht zu ihrer Vermeidung 29

§ 6) Umfang und Form der Aufklärung nach der gegenwärtigen Rechtsprechung 38

§ 7) Anhang: Die Auskunftspflicht 49

§ 8) Die Kritik an der Rechtsprechung 50

§ 9) Die eigene Stellungnahme zum Umfang der Aufklärungspflicht 64

§ 10) Die Folgen erfüllter bzw. nicht erfüllter Aufklärungspflicht 78

§ 11) Die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung 83

§ 12) Die Schuld und die Körperverletzung / Tötung durch die eigenmächtige Behandlung 90

§ 13) Die Beweislast 98

§ 14) Die Nichtaufklärung als Kunstfehler (Die Belehrungspflicht) 100

§ 15) Die Aufklärung als Kunstfehler 109

§ 16) Der Einfluß der Aufklärung auf die fehlerhafte Behandlung 116

§ 17) Rückblick und Schlußkritik 122

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546810_0033

Literaturverzeichnis

Adam, Wilhelm	"Zum Thema: Die barmherzige Lüge" Bayer. Ärzteblatt 1959, S. 153.
v. Baeyer	s. unter Stauder.
Bauer, K.H.	s. unter Engisch.
Baumann, Jürgen	"Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?" NJW 1958, S.2092.
	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1960.
Beling, Ernst	"Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe", Z 44 (1924) 220.
Blomeyer, Arwed	"Die Umkehr der Beweislast", AcP 158 (1959/60), 97.
Bockelmann, Paul	"Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht", NJW 1961, S.945.
Bohne-Euler-Venter	Forensische Zahnheilkunde, 1956.
Ebermayer, Ludwig	Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 3./4.Aufl. 1925.
	Der Arzt im Recht, 1930.
Engisch, Karl	"Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", Z 58, (1939) 1.
	"Der Arzt im Strafrecht", MschrKrim 1939, S.414.
	"Irrtümer und Fehler des Chirurgen", Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie, Bd. 273 (1952) 428.
	"Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation" in "Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen" von R.Stich und K.H.Bauer, 4.Aufl., Jena 1958.
	"Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs unter besonderer Berücksichtigung des Suicidpatienten", Heidelberger Jahrbücher 1960, S. 47.
Engisch, Schwalm, Bauer, Wachsmuth	"Die Aufklärungspflicht des Arztes in strafrechtlicher Bedeutung" (Ein Gespräch am runden Tisch), Der Krankenhausarzt 1960, S.139.
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl. 1958.

Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15.Aufl., 1.Halbband 1959, 2.Halbband 1960.
Erdsiek	"Umwelt und Recht", NJW 1959, S.807.
Friedrich, Martin	"Die Aufklärungspflicht des Arztes", VersR 1954, S.329 u. 380.
	"Der Jurist und die Aufklärungspflicht vor der Schockbehandlung", Med.Klin. 1955, S.744.
Geerds, Friedrich	"Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht", GA 1954, S.262.
	"Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf", Z 72 (1960) 42.
Göppinger, Hans	"Die Aufklärung und Einwilligung bei der ärztlichen, besonders der psychiatrischen Behandlung", Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete 1956, S.53.
Goldbach, H.J.	"Die ärztliche Haftung bei falscher Diagnose und mangelnder Aufklärung" Dt.Z.f.ger.Med., Bd.42 (1953) 377.
Goldhahn-Hartmann	Chirurgie und Recht, 1937.
Grünwald, Gerald	"Die Aufklärungspflicht des Arztes", Z 73 (1961) 1.
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz, 2.Aufl. 1961.
Hübner-Drost	Ärztliches Haftpflichtrecht, 1955.
Jaspers, Karl	"Die Idee des Arztes" (Vortrag beim Schweizer Ärztetag am 6.6.1953), ÄM 1953, S.476.
Kaufmann, Arthur	"Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", Festschrift für Eb.Schmidt 1961, S.200.
Kern, Eduard	in "Die Grundrechte", hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Zweiter Band (1954) 51.
Klug, Ulrich	"Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem", Festschrift für Eb.Schmidt (1961) 249.
König-Köstlin	Haftpflicht des Arztes, 1937.
Kohlrausch-Lange	Kommentar zum StGB, 42.Aufl. 1959.
Kuhns, Richard	Das gesamte Recht der Heilberufe, 1958.
Larenz, Karl	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 1960.
Leipziger Kommentar	8.Aufl., 1957/58.
Liertz-Pfaffrath	Handbuch des Arztrechts, 1938.
Loewe, Walter	Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien?, Diss. München, 1960.

Lüdeke, H.	"Unheilbare Krankheiten in der Sicht des Chirurgen", Med.Klin. 1955, S.926.
Lukowsky, A. und U.	"Arzt und Richter", ÄM 1960, S.618.
Malten, H.	"Über das Ausmaß der Aufklärungspflicht des Arztes bei Krebserkrankungen", Med.Klin. 1959, S.787.
Maunz-Dürig	Kommentar zum Grundgesetz, Stand 1961.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl. 1958; Besonderer Teil, 3.Aufl. 1959.
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953.
Mezger, Edmund	"Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Kunstfehler" Dt.Z.f.ger.Med., Bd.42 (1953) 365.
	Strafrecht (Studienbuch), Allgemeiner Teil, 9.Aufl. 1960; Besonderer Teil, 7.Aufl. 1960.
Miller, J.	"Der Arzt vor Kranken mit infauster Prognose", Med.Klin. 1955, S.961.
Morgenthum, Heinrich	"Die Aufklärungspflicht des Arztes", ÄM 1961, S.723-28; zitiert nach Sonderdruck S. 1-18.
Neidhardt, Karl und Müller, Gertrud	"Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen", NJW 1956, S.1097.
Niedermayer, Fritz	"Die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Patienten", Der Krankenhausarzt 1956, S.8.
Niethammer, Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950.
Ohm, Karl	"Die Aufklärungspflicht des Arztes", VersR 1959, S.3.
Perret, Wolfgang	Arzthaftpflicht, 1956.
	"Der Umfang der Aufklärungspflicht für Komplikationen nach Kropfoperationen", MMW 1959, S.1744.
	"Über das Ausmaß der Aufklärungspflicht des Arztes bei Krebserkrankung", Med.Klin.1959, S.138.
	"Nochmals: Aufklärungspflicht des Arztes bei Krebserkrankung", Med.Klin.1960, S.1205.
Roemer, Hans	"Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken", JZ 1960, S.137.
	"Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes", Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 50/51 (1961) 5.
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 4.Aufl. 1956.

Ruffin	s. unter Stauder.
Sauer, Wilhelm	"Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Heilbehandlung und Einwilligung", GS Bd. 113 (1939) 79.
Scheicher	"Haftpflichtfragen bei Recurrensschädigung und Tetanie nach Kropfoperationen", MMW 1959, S.1737.
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, 1939.
	"Rechtsfragen zur chirurgischen Operation", Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie, Bd. 273 (1952) 410.
	"Ärztliche Rechtskunde" in "Lehrbuch der gerichtlichen Medizin", hrsg. von A.Ponsold, 2.Aufl. 1957.
Schönke-Schröder	Kommentar zum StGB, 10.Aufl. 1961.
Schwalm, Georg	s. unter Engisch.
	"16 Thesen zur Einwilligung in Heilbehandlungen und zur ärztlichen Aufklärungspflicht", Bayerisches Ärzteblatt 1960, S.150.
	"Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht", MDR 1960, S.722.
	"Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen", Schriftenreihe der Jur.Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 50/51 (1961) 21.
Schwarz-Dreher	Kommentar zum StGB, 23.Aufl., 1961.
Seele, Hans	"Ärztliche Aufklärungspflicht", MDR 1961, S.553.
Spendel, Günter	"Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen", Festschrift für Eb.Schmidt (1961) 183.
Stauder, v.Baeyer, Ziehen, Ruffin	"Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden?", Med.Klin. 1955, S.168 und 204.
Steindorff, Ernst	"Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken", JZ 1960, S.139.
Wachsmuth	s. unter Engisch.
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht, 7.Aufl. 1960.
Ziehen	s. unter Stauder.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
AcP	= Archiv für zivilistische Praxis
ÄM	= Ärztliche Mitteilungen
Anm.	= Anmerkung
BGHSt/BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen/ Zivilsachen
DMW	= Deutsche Medizinische Wochenschrift
DR	= Deutsches Recht.
Dt.Z.f.ger.Med.	= Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin
FamRZ	= Ehe und Familie
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
GS	= Gerichtssaal
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LK	= Leipziger Kommentar zum StGB
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Med.Klin.	= Medizinische Klinik
MMW	= Münchner Medizinische Wochenschrift
MschrKrim	= Monatsschrift für Kriminologie (bis 1945: Kriminalbiologie) und Strafrechtsreform
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nschr.	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
RGSt/RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen/ Zivilsachen
s./vgl.	= siehe/vergleiche
VersR	= Versicherungsrecht
WarnRsp	= Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts
Z	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)
ZAk	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

§ 1) Gegenstand und Ziel der Arbeit

I.

Der Wert der ärztlichen Tätigkeit für Leben und Gesundheit des Menschen ist unbestritten. Dennoch sind Haftpflichtprozesse gegen Ärzte nicht selten und auch zu Strafverfahren kommt es immer wieder. Regelmäßiger Ausgangspunkt ist dabei, daß eine ärztliche Behandlung mißglückte und zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod des Patienten führte. Bei der großen Zahl von Behandlungen, die Tag für Tag stattfinden - wobei der heutige Stand der medizinischen Wissenschaft auch schwerwiegende Eingriffe in den menschlichen Körper erlaubt - sind solche Mißerfolge nicht völlig auszuschließen. Hat der Arzt durch einen Behandlungsfehler den ungünstigen Ausgang verschuldet, so kann er wegen fahrlässiger Körperverletzung bzw. fahrlässiger Tötung verurteilt werden. Dieses Ergebnis ist im geltenden und für das künftige Recht unbezweifelt, ebenso, daß nicht jedes Mißlingen dem Arzt zur Last gelegt werden kann [1].

II.

Es ist ferner aber auch anerkannt, daß im allgemeinen jede Behandlung an die Zustimmung des Patienten gebunden ist. Der BGH hat in dem sgn. ersten Elektroschock-Urteil vom 10.7.1954 nur einen längst bekannten Grundsatz wiederholt, als er erklärte [2]:

> "Ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist nur insoweit vertragsmäßig und nicht rechtswidrig, als die Einwilligung des Patienten reicht."

Die Frage, wann ein eigenmächtiges Handeln des Arztes vorliegt, ist aber nicht stets ohne weiteres zu beantworten, da von Rechtsprechung und Rechtslehre nicht nur die Fälle eines ausdrücklichen Widerstrebens oder einer Nichtbefragung des Patienten zum eigenmächtigen Handeln gezählt werden. Der BGH sagt aaO:

> "Der Arzt muß sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über Art und Folgen des Eingriffs beruhenden Einwilligung des Patienten versichern.
>
> Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt voraus, daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt hat. Dabei ist nicht der innere Wille, sondern der erklärte Wille des Patienten maßgebend."

---

[1] RGZ 78, 435
[2] NJW 56, 1106

Damit wird der Arzt im Ergebnis verpflichtet, vor einer Behandlung den Patienten aufzuklären, soweit dieser keine "klaren, zutreffenden Vorstellungen" über die im Urteil des BGH genannten Punkte hat. Kommt er seiner Pflicht nicht nach, so ist der Eingriff durch die Einwilligung nicht gedeckt und rechtswidrig, selbst wenn er im übrigen vom medizinischen Standpunkt angezeigt (indiziert) und fehlerfrei durchgeführt war. Der Eintritt des Heilerfolges ist für die Rechtswidrigkeit unerheblich.

III.

Auf dieser Rechtsansicht beruhen nun in zunehmenden Maße Verurteilungen zu Schadenersatz in Fällen, wo der Vorwurf eines medizinischen Fehlers dem Arzt von Anbeginn an nicht gemacht werden kann oder sich im Laufe des Verfahrens als unbegründet erweist. Die Ärzte fühlen sich durch diese Urteile in ihrer Berufsehre und in ihrer Existenz schwer getroffen, auch wenn die unmittelbaren materiellen Folgen zumeist durch eine freiwillige Haftpflichtversicherung abgewendet werden [3]. Sie bestreiten nicht nur, daß ihre Behandlung in diesen Fällen strafrechtlich eine "Körperverletzung" gewesen sei. Auch die Feststellung, sie hätten dem Patienten Schaden zugefügt, erscheint ihnen ungerecht, da ihr Verhalten zur Förderung der Gesundheit gedacht und zweckdienlich war, der Erfolg in ihren Augen allenfalls durch eine unabwendbare Fügung der Natur ausblieb. Vor allem aber wenden sie sich grundsätzlich dagegen, durch eine Aufklärung bei dem "an sich behandlungswilligen Patienten" [4] den Heilerfolg gefährden zu müssen. In einer solchen Aufklärung sehen sie einen Kunstfehler und eine Verletzung des ärztlichen Gebots "primum nil nocere" [5].

IV.

Auf juristischer Seite sind diese Bedenken nicht unbeachtet geblieben, nach Ansicht der Ärzte jedoch bisher zu wenig gewürdigt worden. Diese Arbeit will deshalb in erster Linie untersuchen, inwieweit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eine Aufklärung durch den Arzt erfordert und wann eine Aufklärung unterbleiben darf, am Ende als fehlerhaft sogar unterbleiben muß. Aber auch die Nichtaufklärung kann den Heilerfolg beeinträchtigen und dann aus medizinischen Gründen ein Fehler sein. Schließlich ist noch zu prüfen, ob die Aufklärung einen

---

[3] Der Laie unterscheidet nicht, weshalb der Arzt verurteilt wurde. Für ihn gilt er fortan als Pfuscher, der sein Handwerk nicht versteht. Nebenbei bemerkt steigen bei zunehmenden Verurteilungen auch die Versicherungsprämien (Herschel NJW 60, 895).

[4] v.Baeyer Med.Klin. 55, 169

[5] Neidhardt NJW 56, 1098 und Lukowsky ÄM 60, 622

Einfluß auf die Haftung für fehlerhaftes Verhalten zu nehmen vermag. Bei der Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts verdient besondere Beachtung die in der Praxis stets gestellte Frage nach der Ursächlichkeit einer etwaigen Pflichtverletzung für die Behandlung. Angesichts der Bedeutung der Schuldform im Strafrecht und der Beweislastverteilung im Zivilprozeß sollen endlich noch die damit zusammenhängenden Probleme kurz gestreift werden.

V.

Eine solche erweiterte Darstellung erscheint gerechtfertigt, weil die Arbeit im Unterschied zu manchen anderen Beiträgen zum Thema weder von einem Arzt noch für Ärzte geschrieben ist. Sie braucht deshalb nicht ausschließlich oder vornehmlich dem Juristen die ärztliche Meinung oder dem Arzte die juristische Lösung von Einzelfällen vermitteln. Vielmehr kann sie versuchen, aus eigener Sicht einige Gedanken zu den Grundsatzfragen beizusteuern. Dabei gilt es, sowohl das Bestimmungsrecht des Einzelnen an seinem Körper zu schützen als auch einen geachteten und wertvollen Berufsstand vor einer Fehlbeurteilung zu bewahren. Urteile wegen Verletzung der Aufklärungspflicht treffen auch sehr tüchtige Ärzte und das nicht nur deshalb, weil die weniger tüchtigen wegen Fehlbehandlung verurteilt werden, wenn, wie meistens, beide Anschuldigungen gleichzeitig erhoben und nachgeprüft werden [6]. Hinzu kommt, daß die kritischsten Fälle der Aufklärungspflicht die sind, wo eine schwere Erkrankung einen schweren Eingriff notwendig macht. Solche Eingriffe wollen und können aber nur besonders fähige Ärzte verantworten. Der Jurist, der die Aufklärung nicht zuletzt deshalb fordert, um den Patienten an der Verantwortung teilnehmen zu lassen [7], muß zugleich zu vermeiden suchen, daß seine Forderung von den Ärzten als ein Gebot aufgefaßt wird, sich eigener Verantwortung zu enthalten. Befürchtungen in dieser Richtung sind sowohl von juristischer [8] wie medizinischer [9] Seite schon laut geworden. Verbunden damit steht der zutreffende Hinweis, daß mit einer derartigen Entwicklung dem heilungsuchenden Patienten nicht gedient wäre. Es ist daher mit Schwalm zu hoffen, daß durch eine weitere Klärung der Probleme etwas geschehen kann, "um den 'kalten Krieg' zwischen Juristen und Medizinern wegen der Aufklärungspflicht zu beenden" [10].

---

[6] so Steindorff JZ 60, 139 gegen Engisch MschrKrim 58, 125
[7] BGHZ 29, 54-56 unter Berufung auf Engisch.
[8] Müller NJW 56, 1100
[9] Göppinger Fortschritte S.83; Adam Bay.Ärztebl.59, 156; Roemer JZ 60, 139
[10] MDR 60, 723. Scheicher MMW 59, 1743 spricht von "diametral entgegengesetzten Standpunkten", die im Interesse der Kranken einander angeglichen werden müßten.

§ 2) Das Selbstbestimmungsrecht und seine Grenzen

Einleitend wurde bereits gesagt, daß die Aufklärung regelmäßig [1] dazu dienen soll, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren. Allein eine gedrängte Darstellung dieser 'conditio sine qua non' verschafft deshalb die Grundlage zur Beurteilung von Umfang, Inhalt und Bedeutung der Aufklärungspflicht.

I. Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts in der Rechtsprechung.

Maßgebend für den Schutz des Selbstbestimmungsrechts wurde das Urteil RGSt 25, 375 aus dem Jahre 1894:

> Ein Arzt war angeklagt worden, weil er eine für Gesundheit und Leben notwendige, im übrigen erfolgreich verlaufene Operation (Amputation eines Fußes) gegen den Willen des Vaters der minderjährigen Patientin vorgenommen hatte. Der Sitzungsstaatsanwalt erster Instanz, das Erstgericht und der Oberreichsanwalt waren für einen Freispruch. Das RG aber gelangte zu dem Schluß, der Arzt habe strafbar gehandelt.
> Im Gegensatz zur Vorinstanz bejahte das RG zunächst die Frage, ob die ärztliche Operation eine Körperverletzung i.S. des StGB sei. Zumindest bei "erheblicheren Substanzverletzungen" könne das "angesichts des § 224 StGB nicht zweifelhaft sein".
> Anschließend stellte das RG die Rechtswidrigkeit fest. Unerheblich sei, "daß der Zweck oder gar der Erfolg der Körperverletzung sich als dem Verletzten heilsam, als vernünftig darstelle": "Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite steht. Daß jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteil seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgendeine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzutun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstand gutgemeinter Heilversuche zu benutzen. ... -- Vollends untauglich für das Strafrecht gestaltet sich aber der Gesichtspunkt, nach den unberechenbaren Zufälligkeiten des Erfolgs, also nach den der Tat in unberechenbarer Zukunft nachfolgenden Eventualitäten begrifflich unterscheiden zu wollen, ob eine an sich alle gesetzlichen Merkmale des § 223 StGB's an sich tragende Körperverletzung ein Delikt darstellt oder nicht." (S. 378/79).
>
> Als ein "die Norm einschränkendes Recht" ließ das RG ferner nicht ein sgn. Berufsrecht gelten. Die Approbation verleihe ebenso wie der nach geltendem Gewerberecht von jedermann ausübbare Heilberuf keine Gewaltherrschaft über den Patienten. Auch die Anhänger selbständiger ärztlicher Berufsrechte müßten zugeben, daß diese Rechte

---

[1] Ausnahmen s. § 7 und § 14.

> ihre Schranke an dem entgegengesetzten Willen des Kranken fänden. Damit werde anerkannt, "daß es in erster Linie der Wille des Kranken sei, der den Arzt legitimiere, Körperverletzungen straflos zu verüben". Der Wille des Kranken bzw. seiner Angehörigen oder gesetzlichen Vertreter schaffe in aller Regel überhaupt erst die Rechtsbeziehung zum Arzt, indem er ihn berufe, die Behandlung zu übernehmen. Daraus ergebe sich von selbst auch die Folgerung, "daß Inhalt und Umfang der dem Arzt solchergestalt eingeräumten Befugnisse ..... sich nicht minder regeln muß durch den Rechtswillen des Kranken." (S. 381).

Nach Ansicht des RG war also die Operation, die den Willen des Kranken unbeachtet ließ, trotz Gesundheitsbesserung und Lebensrettung eine strafrechtlich zu ahndende, rechtswidrige Körperverletzung.

2. Die seinerzeitige Entscheidung ist bis heute Richtschnur für den strafrechtlichen Schutz des Selbstbestimmungsrechts geblieben [2]. Die Zivilgerichte haben sich ihr angeschlossen [3] und sehen demzufolge in der Behandlung ohne Zustimmung des Patienten eine widerrechtliche Verletzung des Körpers i.S. von § 823 I BGB. Daran hat auch die an Art. 2 GG entwickelte Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nichts geändert, obwohl sie die Möglichkeit böte, bei kunstgerechter, eigenmächtiger Behandlung die Verletzung eines 'sonstigen Rechts' in § 823 I BGB anzunehmen [4]. Der BGH hat eine solche Konstruktion aber abgelehnt [5]. Strafrechtlichen Schutz könnte sie überdies nicht begründen.

3. Das geltende Verfassungsrecht hat sich aber dahin ausgewirkt, daß die Rechtsprechung in jüngster Zeit das Selbstbestimmungsrecht besonders nachdrücklich betont und geneigt scheint, erhöhte Anforderungen an den Arzt zu stellen. So heißt es in dem Urteil BGHSt 11, 111 vom 28.11.1957:

> "Das in Art.2 Abs.2 Satz 1 des Grundgesetzes gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird. .....
> Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und in die Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt - und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen - eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornähme." (S. 113/14).

---

[2] BGHSt 11, 112 (1957)
[3] RGZ 68, 434 (1908)
[4] Dafür En.-Nipperdey § 101 Anm. 21 und § 212 II 3
[5] BGHZ 29, 179

Diese Überlegungen führen das Gericht zu dem Ergebnis, der Arzt sei strafbar, der es fahrlässig versäume, eine vielleicht notwendig werdende Operationserweiterung rechtzeitig zu erkennen und dem Patienten mitzuteilen.

4. Bemerkenswert mag schließlich noch sein, daß die von RGSt 25, 375 ausdrücklich erst bei "entstellenden Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit, mindestens in ihren wesentlichen Bestandteilen" ausgesprochene Rechtsmeinung, der Arzt erfülle mit seinem Handeln den Tatbestand der Körperverletzung, später auf alle ärztliche Eingriffe ausgedehnt wurde [6]. Dies geschah aber in Übereinstimmung mit der Erstentscheidung, die aus der Entstehungsgeschichte des § 223 StGB gefolgert hatte, "daß man mit dem Ausdruck 'körperlich mißhandeln' im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen" wollte. Auch Bestrahlungen [7] und Injektionen fallen unter diese Begriffsbestimmung. Die Rechtsprechung hätte ferner kaum Bedenken getragen, eine vorbereitende Narkose oder eine Behandlung mit Medikamenten [8] als Körperverletzung zu bezeichnen, selbst wenn man dort nicht mehr von einem 'Eingriff' sprechen will [9]. Der angestrebte lückenlose Schutz des Selbstbestimmungsrechts erfordert aber die Gleichstellung 'anderer Behandlungen' mit den eigentlichen 'Eingriffen'. Diese Auffassung wird auch von § 161 E 1960 bestätigt und in § 162 E übernommen [10].

II. Die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts in der Literatur

1. Vielfachen Widerspruch fand die Ansicht der Rechtsprechung, die kunstgerechte ärztliche Behandlung sei eine Körperverletzung [11]. Dieser Streit um die tatbestandsmäßige Einordnung des ärztlichen Handelns wirkte sich aber nicht auf die Frage aus, ob die Einwilligung des Patienten vorliegen müsse [12].

---

[6] RGSt 38, 34 (1905). Die Nutzlosigkeit der Mandeleinschnitte diente nur zur Begründung der Rechtswidrigkeit.
[7] vgl. BGHZ 29, 181
[8] angedeutet schon in RGSt 25, 382 und aaO S.385 (Narkose).
[9] Engisch Fehler u. Gefahren S.1521. Andere bezeichnen jede Behandlung als Eingriff. Dazu Loewe Diss. S.5 ff.
[10] Zum Umfang der Bestimmung vgl. Schwalm Schriftenreihe S.21. Nachdem rechtlich kein Unterschied zwischen Eingriff und Behandlung besteht, werden beide Begriffe im weiteren Verlauf gleichberechtigt verwendet.
[11] geschichtlicher Überblick bei Kohlrausch-Lange § 223 Anm. III. Eine einheitliche Meinung hat sich nicht gebildet, so tritt z.B. Baumann NJW 58, 2092 für die Rechtsprechung ein.
[12] a.A. Kohlhaas in Kuhns I S.411

Nur im Zeichen nationalsozialistischer Anschauungen wurde vereinzelt die Forderung nach einer Zwangsbehandlung der 'Volksgenossen' laut, die der 'Gemeinschaft' noch nützen konnten [13]. Das RG verharrte aber, unterstützt von gewichtigen Stimmen aus der Rechtswissenschaft [14], bis zuletzt auf seinem Standpunkt [15]. Heute darf es wieder als allgemein anerkannt gelten, daß jedes ärztliche Tätigwerden grundsätzlich die Einwilligung des Patienten voraussetzt.

2. Wer der kunstgerechten Heilbehandlung die Eigenschaft einer Körperverletzung absprach, sah in ihr bei Eigenmächtigkeit des Arztes einen Angriff auf die persönliche Freiheit und suchte den strafrechtlichen Schutz in §§ 239, 240 StGB. Da hierbei Lücken auftraten (außer von 1935 bis 1945, als Analogie möglich gewesen wäre), wurde eine eigene Strafvorschrift empfohlen, die auch seit 1911 in sämtlichen Entwürfen zu einem neuen Strafgesetz Aufnahme fand [16]. Durch eine Gesetzesänderung wird aber nichts am Einwilligungsprinzip geändert. Lediglich die strafrechtlichen Folgen eines Rechtsverstosses werden abgemildert und bei bloßer Fahrlässigkeit sogar völlig beseitigt [17].

3. Die Einwilligung rechtfertigt die Behandlung auch dann, wenn mit ihr das Risiko einer Gesundheitsverschlechterung verknüpft ist. Begibt sich der Patient dagegen mit der Behandlung in Lebensgefahr, so kann die Einwilligung für sich betrachtet nicht mehr rechtfertigen, da der Patient nicht über sein Leben verfügen kann (arg. § 216 StGB) [18]. Der Arzt braucht hier als zusätzliches Rechtfertigungselement die 'medizinische Indikation', d.h. den nicht nur subjektiv vorgestellten sondern auch objektiv vorhandenen guten Zweck, die Heiltendenz der geplanten Maßnahme. Keinesfalls aber genügt die medizinische Indikation allein [19]. Deren Wert erschöpft sich hier wie sonst darin, daß die indizierte und kunstgerecht ausgeführte Behandlung nach Ansicht des überwiegenden Teils der Rechtswissenschaft keine Körperverletzung ist. Außerdem kann, was medizinisch indiziert ist, niemals zugleich sittenwidrig sein [20], weshalb jeder Eingriff erlaubt ist, wenn Einwilligung und medizinische Indikation zusammentreffen.

---

[13] Kallfelz JW 36, 3114 u. Hofmann DR 36, 502 im Anschluß an RGZ 151, 349.
[14] Engisch Z 58, 30 ff. und zustimmend E.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.92.
[15] RGZ 168, 210 (Dez.1941).
[16] Überblick bei E.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.117 ff.
Vgl. heute § 162 E 1960.
[17] soweit nicht § 162 III E einschlägig ist.
[18] a.A. anscheinend BGH MDR 53, 722 (Dallinger).
[19] solange die Behandlung nur Gesundheitsgefahren mit sich bringt, genügt es überhaupt, die nicht indizierte Behandlung als trotz Einwilligung unerlaubt, weil sittenwidrig, zu bezeichnen, um allein anhand der Einwilligung die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit festzustellen.
[20] König-Köstlin S.25

Mit dem 'erlaubten Risiko' ist ein weiterer Begriff eingeführt worden, der ausdrücklich als Unrechtsausschließungsgrund bei Operationen genannt wird [21]. Seine Bedeutung liegt darin, daß die Einwilligung (+ med. Indikation) stets nur die gesundheitsgefährliche (lebensgefährliche) Behandlung rechtfertigt, nicht aber den Gesundheitsschaden (Tod) selbst. Die Einwilligung (+ med. Indikation) hat aber das Risiko erlaubt und somit zumindest die Wirkung, daß ein Schaden nicht mehr rechtswidrig verursacht ist [22].

III. Die Rechtfertigung des Selbstbestimmungsrechts

Wenn der sachgemäß zu Heilzwecken handelnde Arzt zweifelsfrei eine Körperverletzung beginge, dann bräuchte das Verbot jeder Eigenmacht keine lange Begründung. So aber stellt sich die Frage, warum die Rechtsprechung, um der Willkür des Arztes entgegentreten zu können [23], eine solche Behandlung als 'Mißhandlung' i.S. von § 223 StGB ansieht und warum die Kritiker der Rechtsprechung ihrerseits das Selbstbestimmungsrecht durch eine Gesetzesergänzung möglichst umfassend strafrechtlich schützen wollen.

1. Als Antwort ist zunächst zu sagen, daß das Selbstbestimmungsrecht sicher auch dazu in der Lage ist, den Patienten vor Körperschaden zu bewahren. Eben weil auch die sachgemäße Behandlung häufig ein Risiko in sich birgt und statt einer Gesundheitsbesserung eine Verschlimmerung bringen kann, soll es dem Kranken überlassen bleiben, ob er dieses Risiko um der Heilungsaussicht willen eingehen möchte (ein Gedanke, der bei der Aufklärungspflicht über die Gefahren der Behandlung entscheidend wird). Auch die Abwägung verschiedener körperlicher Werte - Todesverzögerung durch Behandlung bei Verlust von Gliedern oder Organen und bei ständigen Schmerzen?. - kann vom Kranken anders als vom Arzt vorgenommen werden.
Manchmal schließlich wird der Patient durch Ablehnung der Behandlung instinktiv seine Gesundheit besser wahren als der Arzt, der eine medizinisch richtige Maßnahme vorschlägt, die unter der Mangelhaftigkeit des menschlichen Erkennens leidet [24].

---

[21] Schönke-Schröder § 51 Vorbem. III 9; LK § 223 III 2
[22] str. Zum Teil wird die Tatbestandserfüllung geleugnet, zum Teil nur die Tatverantwortung (Maurach BT S.73) bzw. die Schuld. Dazu noch näher § 12 und § 15.
[23] deutliches Zweckdenken beim Oberreichsanwalt RGSt 25, 386.
[24] Engisch Z 58, 30 mit Beispiel Bismarck.

In allen diesen Fällen verletzt der eigenmächtig handelnde Arzt doch wohl den Körper des Patienten. Man darf nicht übersehen, daß die Feststellung, ob eine Behandlung überwiegend Körperinteressen wahrt [25], in erster Linie Sache des Patienten ist [26]. Sie kann nicht ausschließlich von außen nach dem ärztlichen Ethos (Fall 2) oder nach der größeren Wahrscheinlichkeit einer Besserung (Fall 1 und 3) getroffen werden, vor allem aber nicht nachträglich anhand des zufälligen Ergebnisses [27]. Den Kritikern der Rechtsprechung ist zuzugeben, daß § 223 StGB weder nach seinem Wortlaut noch nach den damit verbundenen Wertvorstellungen auf den ärztlichen Eingriff paßt und das RG durch eine restriktive Auslegung den Gesetzgeber frühzeitig zu einem Eingreifen hätte ermuntern sollen [28]. Läge aber nur ein Delikt gegen die persönliche Freiheit vor, so wäre nicht einzusehen, weshalb die §§ 239, 240 StGB nicht ausreichen und die Ärzte einem verschärften Sonderrecht unterliegen sollten. Lediglich im ärztlichen Bereich wurde es bisher als unbefriedigend und als Anlaß zum Ruf nach Reformen empfunden, daß 'Nötigungen', die den Tatbestand von § 240 nicht erfüllen, straflos bleiben.
Zum Schutz vor Körperverletzungen führt ferner die Überlegung, daß ein Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht auch dem unsachgemäß handelnden Arzt zugute käme, ja sogar dem, der bewußt den Patienten als 'Experimentiermaterial' mißbrauchen möchte. Diese Gefahr ärztlicher Hybris ist bereits in RGSt 25, 379 angedeutet und von Engisch [29] als Grund für das Selbstbestimmungsrecht gewürdigt worden.

2. Dort aber, wo eine Behandlung unter jedem möglichen Blickwinkel nur günstig für das körperliche Wohl wirken kann, verlangt immer noch der Wille des Patienten Berücksichtigung. Das hat deutlich E.Schmidt ausgesprochen [30] und die Rechtsprechung ist ihm darin gefolgt [31]. Der aus Art.1 und 2 GG hergeleitete Hinweis auf Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit ist deshalb in diesem Zusammenhang nicht, wie Baumann meint [32], eine Verwässerung des erstrangig genannten Schutzgedankens, sondern eine wertvolle Ergänzung. Die Beachtung seines Willens darf auch der in Lebensgefahr Schwebende fordern.

---

[25] Darauf stellt Engisch Z 58, 5 f. im Anschluß an Beling Z 44, 225 ab. Im übrigen müssen sich Körperinteressenwahrung und Körperverletzung nicht ausschließen (Feuerwehrmann rettet Zögernden durch gewaltsamen Wurf aus dem Fenster; Folge: Knochenbrüche.).

[26] zutreffend sagt Baumann NJW 58, 2093: "nicht der Körper des Patienten hat Interessen sondern der Patient hat ein Interesse an seinem Körper."

[27] RGSt 25, 379 [28] E.Schmidt JZ 58, 226 [29] Z 58, 30

[30] in Ponsold S.37 [31] BGHSt 11, 114 [32] NJW 58, 2093

Selbst wenn bei einem Selbstmörder andere Grundsätze gelten sollten, scheidet doch eine gleichwertende Betrachtungsweise aus, da hier nur ein Schicksal ertragen und nicht zerstörend in das Leben eingegriffen wird [33].

3. Das Selbstbestimmungsrecht dient aber auch dem Arzte. Die Folge eines selbständigen Behandlungsrechts wäre wohl sehr bald eine Behandlungspflicht bei allen dem Arzt erkennbaren und zugänglichen Krankheiten, womit neben der Zuständigkeit auch die Verantwortlichkeit des Arztes fast unüberschaubar erweitert würde [34]. Mit oder ohne Behandlungspflicht käme es ferner zu einer schweren Krise in den Beziehungen zwischen Arzt und Patient. Bei einer Zwangsbehandlung fehlt dem Patienten sowohl der Wunsch nach Hilfe wie das Zutrauen zum ärztlichen Können im Kampf gegen die Krankheit. Ohne diese beiden Voraussetzungen bliebe dem ärztlichen Wirken vielfach der Erfolg versagt - was gerade die Ärzte bei der Auseinandersetzung um die Aufklärungspflicht zu betonen pflegen. Zu den dadurch verursachten Fehlschlägen kämen die oben erwähnten Fälle mißbräuchlicher Machtausnutzung hinzu, die nicht zu vermeiden wären. Unter diesen Umständen würde das Vertrauen zu den Ärzten schwinden und fast jeder würde versuchen, sich dem Zugriff des mit Behandlungsgewalt ausgestatteten Arztes zu entziehen [35]. Selbst die Mehrzahl der spürbar Erkrankten würde eine Benachrichtigung des Arztes hinauszögern, bis es schließlich zu spät wäre. Dem vereinzelten Nutzen eines Behandlungsrechts stünde demnach ein beträchtlicher Schaden für die Volksgesundheit gegenüber [36]. Der Ärztestand aber sähe sich Furcht und Mißtrauen ausgesetzt und in seiner Tätigkeit bewußt und unbewußt sabotiert, statt, wie vielleicht erhofft, von Fesseln befreit. Durch das Einwilligungsprinzip wird dem Arzt die ausschließliche Verantwortung abgenommen [37]; er kann vor allem beruhigter ein Risiko eingehen, wenn der Patient erklärt hat, es auf sich nehmen zu wollen und bei einem Mißerfolg kann ihm vom Kranken und dessen Angehörigen nicht der Vorwurf gemacht werden, den Schaden aufgezwungen zu haben. Nicht zuletzt aber wird der Arzt durch das Selbstbestimmungsrecht

---

[33] wie hier Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, S.64. Bockelmann NJW 61, 950 läßt eine Bluttransfusion bei religiösen Skrupeln zu. Es besteht zwar kein Recht, das eigene Leben zu vernichten, wohl aber auch keine Pflicht, es zu erhalten.

[34] Engisch Z 58, 31

[35] Engisch aaO S.31/32; Sauer GS 113, 117/18. Der Gedanke, das Vertrauen in den Arzt zu schützen, entfällt beim Selbstmörder, vgl. Erdsiek NJW 59, 809.

[36] Engisch Z 58, 35.

[37] Engisch aaO S.29/31.

davor bewahrt, im Kranken nur einen medizinischen Fall zu sehen und seine Persönlichkeit bei der Behandlung nicht mitzubeachten.

IV. Der Behandlungszwang

Gemäß Art.2 Abs.2 Satz 3 GG dürfen heute staatliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Da Bestimmungen wie § 372a ZPO, §§ 81a I 2, 81c II StPO hier ausscheiden (es fehlt der 'Patient'), verbleiben hauptsächlich noch das Impfgesetz von 1874, das Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten von 1953 sowie Landesgesetze über Röntgenuntersuchungen und die Unterbringung von geisteskranken oder süchtigen Personen [38]. Maßgebend für die Ausschaltung des Selbstbestimmungsrechts ist dabei stets der Gedanke, die Allgemeinheit vor Ansteckung oder sonstiger Bedrohung zu schützen [39]. Der Ausnahmecharakter der zitierten Gesetze wird ferner dadurch unterstrichen, daß sie teilweise ausdrücklich eine Rückkehr zum Prinzip der Freiwilligkeit bringen, sobald die Behandlung nicht mehr als ungefährlich erscheint [40]. Außerdem kann bei Gesundheitsschäden infolge der Behandlung ein Aufopferungsanspruch entstehen, obwohl die Behandlung auch im Interesse des Behandelten lag [41].

2. Mit dem Selbstbestimmungsrecht entfällt die ihm dienende Aufklärungspflicht [42]. Die Würde der menschlichen Persönlichkeit könnte es zwar vielleicht gebieten, den Patienten nicht völlig im Ungewissen zu lassen, sondern ihn, soweit überhaupt aufklärungspflichtige Tatsachen in Betracht kommen, auch hier aufzuklären. Dieser Gesichtspunkt reicht aber nicht aus, ein ansonsten rechtmäßiges Handeln rechtswidrig zu machen.

---

[38] Vgl. dazu Franke NJW 60, 1369 und Erdsiek NJW 60, 1385.

[39] Auch § 17 IV SoldG sieht Zwang nur zur Seuchenbekämpfung vor (zu den weitergehenden versorgungsrechtlichen Folgen vgl. M.-Dürig Art 2 II, Randnr. 38). In gleicher Richtung hatte bereits RGZ 151, 352/53 Ausnahmen für zulässig erachtet und auch Art.3 Abs.2 der Verfassung von Rheinland-Pfalz bestimmte 1947 noch, daß Maßnahmen zur Seuchenbekämpfung keiner gesetzlichen Grundlage bedürften.

[40] § 17 II GeschlG fordert allerdings eine "erhebliche Gefahr". Im übrigen dürfte jeder Grad von Gefährlichkeit allgemein zu beachten sein (vgl. M.-Dürig Art.2 Abs.2, Randnr.39 a.E. mit Nachweisen).

[41] Anerkannt für Schutzimpfungen, auch bei nur psychologischem Zwang (BGHZ 24, 45) bzw. bloßem Zuraten (BGHZ 31, 187).

[42] Dagegen bleibt bestehen die Aufklärungspflicht zur Sicherstellung des Heilerfolges. Dazu § 14.

3. Problematisch ist der Selbstmordversuch. BGHSt 6, 147 bestimmte die Hilfspflicht nach § 330c StGB, gleichgültig, ob der Tatwille des Selbstmörders andauere oder nicht. Diese Pflicht kann auch einen Arzt treffen. Im übrigen setzt sie zumindest das Recht zum Handeln für den Arzt voraus, der um Hilfe herbeigerufen wird. Die Begründung eines derartigen Rechts gestaltet sich aber nicht einfach. Soweit der Selbstmörder nicht bei Bewußtsein ist, kann vielleicht mit dem Begriff 'mutmaßliche Einwilligung bei Gefahr im Verzug' geholfen werden [43]. Der Arzt wird ohne Verschulden von der Erfahrung ausgehen dürfen, daß nach mißlungener Tat im Selbstmörder sehr häufig der Lebenswille wieder erwacht [44]. Eine andere Lösungsmöglichkeit bietet sich an, wenn der Selbstmörder ersichtlich in einem Zustand ist, der eine freie Willensbestimmung ausschließt [45].

Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit des nicht geistesgestörten Selbstmörders, der alle Rettungsmaßnahmen verbietet, stossen dagen bereits auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken [45]. § 330c StGB gibt kein Eingriffsrecht und der Wille zur Nichtbehandlung kann nicht deshalb, weil er sittlich mißbilligenswert erscheint, in eine Einwilligung umgedeutet werden [46]. Allenfalls kann dieser Wille unbeachtet bleiben [47]. Damit käme man zu einem Behandlungsrecht in den Fällen, wo nur der Wille des Selbstmörders geopfert wird (oben III 2).

---

[43] Dazu § 3.

[44] Engisch Z 58, 25.

[45] M.-Dürig Art.2 II Randnr.12 halten gesetzlich festgelegten Zwang gegen den Selbstmörder für zulässig. Dieser Zwang umfaßt aber nicht Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit. Diese sind, wie Anm.3 aaO zu entnehmen ist, nach wie vor verboten. Dadurch werde "mittelbar das Prinzip durchbrochen, daß es kein Verfügungsrecht über das eigene Leben gibt". Ein Verfügungsrecht behauptet demgegenüber Hamann S.82, der Eingriffe gegen den Willen nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes erlaubt (S.83). Die grundsätzliche, m.E. zu verneinende Frage ist die, ob der an die Verfassung gebundene Richter (Art.1 III GG) Dritte zu Eingriffen auffordern kann, die einem staatlichen Organ infolge Fehlens einer ges. Ermächtigung (Art.2 II S. 3; ein Rückgriff auf Art.2 I verbietet sich, da Art.2 II GG lex specialis ist) versagt wären. Aber auch die Anerkennung eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes, der noch keine Pflicht zum Handeln beinhalten würde, muß Mißtrauen begegnen, selbst wenn man an das Verhalten des Einzelnen nicht die Maßstäbe anlegt, die für den Staat gelten. Der Richter muß den Verfassungsschutz auch gegenüber den Mitbürgern verwirklichen (M.-Dürig Art.1 III Randnr.102), nicht nur bei der Auslegung von reinen Privatrechtsbegriffen (M.-Dürig aaO Randnr.132) sondern mehr noch bei solchen Normen, die zugleich dem Strafrecht angehören. (Zur Einschränkung von Notwehr und Notstand vgl. M.-Dürig Art.2 II Randnr.15, zum überges.Notstand M.-Dürig aaO Randnr.23 - cc -).

[45] Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, S.56

[47] Baumann NJW 58, 2094 in ähnlichem Zusammenhang.

Soweit die Behandlung auch Körperinteressen gefährden kann, bleibt sie bei Verweigerung der Hilfe unzulässig. Dieses Ergebnis wird auch durch die Überlegung gestützt, daß die Hilfeleistung nach § 330c StGB nur die Gefahr beseitigen soll, die durch den Unglücksfall entstanden ist. Die Vornahme "sowieso nötiger" Handlungen nach einem solchen Ereignis ist nicht geboten. Deshalb kann von einer dem Gesetz entsprechenden Zielrichtung der ärztlichen Hilfe m.E. auch nur dort gesprochen werden, wo jede Veränderung des körperlich-seelischen Zustandes (verglichen mit dem vor dem Selbstmordversuch) durch den Eingriff ausgeschlossen ist. Die Entscheidungsfreiheit des Selbstmörders gegenüber dem Arzt wird mit dieser Lösung im wesentlichen gewahrt [48]. Dem geringen Grad an Einschränkung entspricht es, daß bei Einwilligungsbedürftigkeit trotzdem keine besondere Aufklärung nötig wäre, da die erlaubten Maßnahmen ungefährlich und dringend notwendig sein müssen [49].
Nachdem BGHSt 6, 147 zu dem Fall eines ausdrücklichen Widerspruchs nicht Stellung nimmt und sich auch nicht dazu äußert, welche Mittel der Hilfebringer anwenden darf [50], sollte man aus diesem Urteil nicht unbedingt auf eine Abkehr vom Prinzip des Selbstbestimmungsrechts schließen. Das geltende Verfassungsrecht gebietet dem Juristen jedenfalls solange Zurückhaltung, als der Gesetzgeber selbst von seinem Recht gemäß Art. 2 II S. 3 in Verbindung mit Art.19 GG keinen Gebrauch gemacht hat.

V. Das Behandlungsverbot

1. Das Selbstbestimmungsrecht stößt auch dadurch an eine Grenze, daß es nicht jede Behandlung erlauben kann. Keiner Beschränkung unterliegen selbstverständlich alle Heilmaßnahmen. Bei den sgn. kosmetischen Eingriffen, die von einem Teil des Schrifttums ebenfalls zu den Heilmaßnahmen gerechnet werden [51],

---

[48] Sie stimmt überein mit dem ausführlich und in gleicher Art begründeten Vorschlag von Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, S.64. In diesem Umfang wäre auch denkbar, eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit i.S. des GG abzuleugnen. (Vgl. BGHSt 11, 249 zum - sit venia comparationi - Züchtigungsrecht; Widerspruch bei M.-Dürig Art.2 II Randnr.45). Schwalm Schriftenreihe S.30 hält die Lösung für "kaum praktikabel". Er trifft seinerseits eine Unterscheidung zwischen der gefährlichen Wendung einer Krankheit, die in "selbstmörderischer Weise ausgenutzt" werde (wie soll das festgestellt werden?) und einer Krankheit, die kein Unglücksfall sei. Diese Unterscheidung ist schon deshalb abzulehnen, weil es bei der hier strittigen Frage nicht auf § 330c StGB ankommt. § 330c schafft lediglich u.U. eine Verpflichtung, sobald die Berechtigung feststeht.

[49] Dazu § 6.

[50] auch Gallas JZ 60, 649/686 geht darauf nicht ein.

[51] Engisch, Fehler u. Gefahren S.1522; Maurach BT S.74.

wird man richtigerweise unterscheiden und auch den Einzelfall würdigen müssen [52]. Ist das Handeln des Arztes nicht medizinisch indiziert, so kann es durch die Einwilligung gerechtfertigt werden, falls es nicht das Leben gefährdet oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 226a StGB). [53] Dabei entscheiden Beruf und Ethos des Arztes mit darüber, ob ein Sittenverstoß vorliegt. Sittenwidrig ist insbesondere deshalb die fehlerhafte Behandlung eines Kranken, auch mit dessen Einwilligung [54].

2. Wenn eine Behandlung trotz Einwilligung unzulässig ist, so entfällt wiederum eine Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts. Der Arzt kann aber aufgrund seines Berufes verpflichtet sein, unter Hinweis auch auf die Gefahren von einer lebensgefährlichen oder sittenwidrigen, unnötigen Behandlung abzuraten, damit der Patient von seinem Vorhaben absteht und nicht anderswo sein Glück versucht. Vor allem kann ein aufklärendes Einwirken dann nötig sein, wenn die eigene Heilmethode im konkreten Fall keinen Erfolg verspricht und deshalb nicht angewendet werden darf. Der Arzt muß dann versuchen, den Patienten zu einer sachgemäßen anderen Behandlung zu bewegen [55]. Ohne Aufklärung könnte eine Haftung wegen fahrlässiger Körperverletzung/Tötung denkbar werden, doch dürfte die Kausalität der Unterlassung nur schwer nachzuweisen sein [55].

---

[52] König-K. S.25. Die Operation eines an Elephantiasis Leidenden ist sicher eine Heilbehandlung, auch wenn sie vom Arzt zur kosmetischen Chirurgie gezählt wird. (ähnlich Schönke-Schröder § 223 V 1: sgn. "Korrekturen"). Vgl. dagegen den von Ebermayer, Arzt im Recht S.124 mitgeteilten Fall (Ersatz gesunder, häßlicher Zähne durch künstliche). E. stimmt aaO der Verurteilung zu Schadenersatz zu, meint aber - vor Einfügung von § 226a in das StGB -, daß noch keine Strafwürdigkeit gegeben sei. Das würde voraussetzen, daß man den Begriff 'gute Sitten' im Strafrecht enger auslegt. Sonst ließe sich über § 254 BGB eher das umgekehrte Ergebnis begründen.

[53] str., ob Sittenverstoß der Einwilligung genügt. § 226a hat Bedeutung für den Arzt vor allem bei Sterilisationen und Schwangerschaftsunterbrechungen, soweit diese ein genehmigter Eingriff bei der Schwangeren sind.

[54] Dazu § 16.

[55] Dazu § 14.

§ 3) Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts bei Handlungsunfähigkeit des Patienten

Bei Bewußtlosigkeit oder mangelnder Einsichtsfähigkeit kann der Kranke aus tatsächlichen Gründen weder in eine Behandlung einwilligen noch sie verbieten. Der Unterschied zu den Fällen einer rechtlichen Beschränkung ist nicht nur formeller Natur. Da hier das Selbstbestimmungsrecht an sich gegeben und der Kranke lediglich an seiner Ausübung verhindert ist, muß es bei jeder Ersatzentscheidung berücksichtigt werden. Das bedeutet im Rahmen dieser Arbeit, daß, anders als in § 2 IV 2 und V 2, auch eine Aufklärung zur Wahrung dieses Rechts in Betracht kommt.

I. Die mutmaßliche Einwilligung bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag bei Gefahr im Verzug

1. Wer infolge eines Unfalls oder plötzlicher Krankheitsverschlimmerung bewußtlos geworden ist, darf vom Arzt in diesem Zustand behandelt werden, soweit es zur Vermeidung schwerer gesundheitlicher Nachteile nötig ist [1]. Zusätzlich zu dieser 'Gefahr im Verzug' fordert die Rechtsprechung unter Hinweis auf § 683 BGB noch, daß der Arzt den mutmaßlichen Willen des Kranken beachtet und zu diesem Zweck vielleicht auch nahe Angehörige befragt [2]. Die geltende Rechtslage wird deshalb am besten durch die in der Überschrift gewählte Verbindung aller drei Begriffe erfaßt und gekennzeichnet [3].

2. Im Gegensatz zur Rechtsprechung, die in der mutmaßlichen Einwilligung den ausschlaggebenden Gesichtspunkt sieht, steht eine andere Auffassung, die hier die objektive Interessenlage genügen läßt [4]. Nach ihr braucht sich der Arzt keine Gedanken über die wahre Willensrichtung des Kranken zu machen. Tatsächlich scheint das nicht unbedingt erforderlich zu sein. Die Rechtsprechung, die ständig mit den Unregelmäßigkeiten des Lebens zu tun hat, gerät in Versuchung, die Häufigkeit einer Behandlungsverweigerung zu überschätzen. Nachdem der Arzt seine Tätigkeit bereits auf dringliche und zur Abwehr schwerer

---

[1] RGZ 151, 354 sprach sogar nur von "unmittelbarer Lebensgefahr". Vgl. neuerdings § 162 II E.
[2] RGZ 151, 354/55; BGHZ 29, 185.
[3] Ein Honoraranspruch etwa läßt sich, wenn überhaupt (vgl. En.-Lehmann § 167, 1) nur aus § 683 BGB herleiten.
[4] Engisch Z 58, 46 f. mit Nachweisen.

Gesundheitsschäden notwendige Maßnahmen beschränken muß, darf er andererseits wohl davon ausgehen, daß der Entschluß des Patienten mit dem seinen übereinstimmen würde. Selbst wer einmal einen bestimmten Eingriff theoretisch abgelehnt haben sollte, würde im Ernstfall vermutlich anders denken [5] und sogar der Selbstmörder ist häufig nachträglich mit seiner Rettung einverstanden [6]. Immerhin ist aber anzuerkennen, daß jemand, der sich bis zum Eintritt der Bewußtlosigkeit gegen eine bestimmte Behandlung gesträubt hatte, nicht aufgrund der objektiven Interessenlage nunmehr behandelt werden darf [7]. Die Mahnung an den mutmaßlichen Willen ist damit gerechtfertigt. Soweit Ort und Zeit das zulassen, sollte der Arzt schon zur eigenen Sicherheit auch nahe Angehörige befragen, welche Entscheidung ihrer Meinung nach der Kranke bei Bewußtsein treffen würde. Zumeist wird er eine positive Antwort erhalten. Wenn wider Erwarten eine Zustimmung für unwahrscheinlich oder ausgeschlossen erachtet wird, so bliebe die Zuverlässigkeit der Begründung abzuwarten [8].

3. Die Befragung der Angehörigen schließt grundsätzlich ein die Aufklärung über alle Punkte, die dem Patienten mitzuteilen wären. Ohne diese Aufklärung kann der Wille ebensowenig vermutet werden, wie ihn der Kranke selbst äußern könnte. Zwei Besonderheiten gelten aber: Kein Anlaß besteht für eine Einschränkung der Aufklärung, um nicht den Heilerfolg durch Beunruhigung des Patienten zu gefährden. Andererseits wird aber fast stets ein so eiliger und ernster Fall vorliegen, daß der Arzt aus diesem Grunde die Aufklärung stark einschränken darf [9].

II. Die Operationserweiterung

1. Nur ein Sonderfall von Zif.I) ist es zunächst, wenn der Arzt nach Beginn einer genehmigten Operation diese aus medizinischen Gründen ausdehnen möchte [10].

---

[5] H.Mayer S.168.

[6] Engisch, Fehler u. Gefahren S.1535.

[7] Göppinger S.78 prüft bei willensunfähig Gewordenen, ob sie nicht nach dieser Verschlimmerung ihren Sinn geändert hätten. Das ist - mit Vorsicht - möglich.

[8] Damit ist den Bedenken von Grünwald Z 73, 28 und Bockelmann NJW 61, 949 Rechnung getragen. Glaubhaft und beachtlich wäre u.U. der durch entsprechende frühere Äußerungen gestützte Hinweis auf eine entgegenstehende religiöse Überzeugung der Schwangeren, wenn der Arzt eine Schwangerschaftsunterbrechung oder Perforation vornehmen möchte.

[9] Dazu § 6 II.

[10] Das Problem wurde früher ausführlich erörtert. Vgl. Liertz-Pfaffrath S.251 f., Goldhahn-Hartmann S.19 f., König-Köstlin S.30 f.

Darf der Arzt mit der mutmaßlichen Einwilligung rechnen und würde die Unterbrechung der Operation zwecks Einholung der Einwilligung die Gesundheit des Patienten gefährden, so ist die Operationserweiterung erlaubt. Dieser Grundsatz wird allerdings nun eingeschränkt durch das sgn. Myom-Urteil des BGH [11]:

> Mit Einwilligung der Kranken sollte eine Gebärmuttergeschwulst entfernt werden. Während der Operation erwies es sich als notwendig, zu diesem Zweck die Gebärmutter mitzubeseitigen. Eine Unterbrechung, um die Patientin zu befragen, wäre, wie der BGH S.114/15 zugibt, verfehlt gewesen. Dennoch verurteilte der BGH den Arzt gemäß § 230 StGB, weil er es fahrlässigerweise versäumt habe, die Patientin vor Operationsbeginn über die Möglichkeit einer Erweiterung des Operationsfeldes aufzuklären.

2. Dieses Urteil hat vielfache Kritik gefunden. Richtiger Ansatzpunkt scheint mir dabei der vom VGH nicht voll gewürdigte Gedanke zu sein, daß dem Arzt 'prima facie' ein anerkannter Rechtfertigungsgrund zur Seite stand und ihm lediglich der Vorwurf gemacht wurde, den Eintritt der an sich rechtfertigenden Situation schuldhaft herbeigeführt zu haben [12]. Soweit Vorsatz als Schuldform in Betracht kommt, ist es sicher richtig und auch allgemein anerkannt, dem Täter die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund zu versagen [13]. Anders steht es bei Fahrlässigkeit. Hier ist das Problem genauer erst bei der Notwehr behandelt und dahin entschieden worden, daß eine fahrlässige Verursachung des rechtswidrigen Angriffs Notwehr nicht ausschließt [14]. Keinesfalls aber begeht der Notwehr Übende eine fahrlässige Körperverletzung sondern immer eine vorsätzliche und die alleinige Frage ist die, ob diese Körperverletzung aufgrund der vorangegangenen Fahrlässigkeit noch gerechtfertigt sein kann. Es bleibt fraglich, ob der BGH auch zu einer Verurteilung gelangt wäre, wenn er bei aufrichtiger Lösung der Schuldfrage auf vorsätzliche, schwere Körperverletzung hätte erkennen müssen [15].

---

[11] BGHSt 11, 111 (1957). Der tragende Gedanke dieser Entscheidung wurde allerdings bereits verwendet in einem RG-Urteil von 1935, das König-Köstlin S.33 mitteilen. Vgl. ferner RGZ 151, 354 ("trotz sorgfältigster Untersuchung").

[12] Dabei soll unterstellt werden, daß die Einwilligung tatsächlich nicht vorlag (vgl. dazu Roemer, Schriftenreihe S.17). Dieses Problem wird uns in § 4 III näher beschäftigen.

[13] Schönke-Schröder § 51 Vorbem III 14 mit Nachweisen.

[14] Schönke-Schröder § 53 II 2 mit Nachweisen.

[15] Die Schuldfrage ist richtig entschieden bei Kohlrausch-Lange § 223 III a.E. und richtig angedeutet bei Eb.Schmidt JR 58, 227. Leider wird nicht näher untersucht, wo anstatt bei der Tat die Fahrlässigkeit sonst liegen könnte.

Eine solche spekulative Überlegung macht freilich eine eigene Stellungnahme nicht entbehrlich. Dabei soll in dieser Arbeit die Grenze der Rechtfertigung zwischen unbewußter und bewußter Fahrlässigkeit gezogen werden. Wenn der Arzt die Notwendigkeit einer Ausdehnung seines Eingriffs als möglich voraussieht, dann muß er den Patienten darüber zwecks Erteilung eine Eventualeinwilligung ebenso aufklären wie über den sicher notwendigen Umfang der Operation. Das gilt sowohl dann, wenn er glaubt, die Ausdehnung werde zu vermeiden sein und er nur im Hinblick darauf die Aufklärung unterlassen möchte als auch dann, wenn er die Frage der Vermeidbarkeit für seinen Entschluß zur Nichtaufklärung gleichgültig sein ließe (dolus eventualis).
Dagegen kann, wenn der Arzt an die Möglichkeit einer Ausweitung vor Beginn der Operation nicht denkt, eine Aufklärung nicht erfolgen. Der Arzt könnte höchstens bei der nachträglichen Feststellung der Notwendigkeit die Operation unvollendet abbrechen. Eine entsprechende Forderung, sich der ungenehmigten Körperverletzung zu enthalten, mag anderswo durchaus am Platze sein. Den Arzt brächte sie in einen unlösbaren moralischen und rechtlichen Konflikt. Ungleich anderen 'Körperverletzern' hat der Arzt nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur 'Körperverletzung'. Die Tat geschieht nicht vornehmlich in seinem, sondern überwiegend im Interesse des 'Verletzten'. Würde sie der Arzt nicht begehen, so würde er aufgrund vertraglich übernommener Rechtspflicht (im Beispiel: zur Geschwulstentfernung) für alle Folgen der Unterlassung straf- und zivilrechtlich haften. Mit anderen Worten wäre der Arzt auch wegen Körperverletzung [16] zu bestrafen, wenn er den Eingriff in einer solchen Situation nicht zu Ende brächte. Ein derartiges Dilemna erscheint aber dort als unbillig, wo der Arzt, anders als bei der bewußten Fahrlässigkeit, keine tatsächlich wahrnehmbare Gelegenheit hatte, die geschilderte Konfliktslage zu vermeiden. Es sollte deshalb hier dem Arzt gestattet bleiben, nach dem mutmaßlichen Willen des Kranken eine Entscheidung zu treffen [17].

---

[16] erstens wegen des nutzlosen unvollendeten Eingriffs und zweitens wegen des weiterbestehenden Krankheitszustandes.

[17] Nur zur Verdeutlichung möge der Hinweis dienen, daß auch der Arzt, der infolge unnötiger Verzögerung erst nach Eintritt der Bewußtlosigkeit bei dem Kranken eintrifft, zur Behandlung gemäß den Grundsätzen in Zif.I berechtigt und verpflichtet ist. Die vorangegangene Fahrlässigkeit schließt auch hier den Ersatzrechtfertigungsgrund anstelle der Einwilligung m.E. nicht aus. Das dort auftauchende Problem, ob der Arzt für die zwischenzeitliche Verschlimmerung haftet, stellt sich bei der Operationserweiterung nicht.

3. Als Ergebnis dieses Absatzes läßt sich also feststellen, daß der Arzt über jede u.U. nötig werdende Maßnahme ebenso aufklären muß wie über eine bereits sicher vorgesehene [18]. Nur wenn er diese Pflicht unbewußt versäumt, bleibt er gerechtfertigt, solange er sein Handeln zur Vermeidung gesundheitlicher Nachteile an der mutmaßlichen Einwilligung ausrichtet. Mit einer zweiten Formulierung kann man auch sagen: Der in Betracht gezogene Eingriff steht für die Aufklärungspflicht dem geplanten gleich. Beim nicht vorgestellten Eingriff schadet es dagegen nicht, wenn die Aufklärung durch Fahrlässigkeit versäumt wurde [19].

III. Die Behandlung von Kindern und Geistesgestörten

1. Nachdem für die Einwilligung im Strafrecht von jeher nicht auf die bürgerliche Geschäftsfähigkeit sondern auf das tatsächliche Maß an Verstandesreife abgestellt worden war, übernahm BGHZ 29, 33 dieses Merkmal auch für die Entscheidung im Zivilrecht [20]. Soweit der Minderjährige die Bedeutung seiner Einwilligungserklärung nicht überblicken kann, ist sein Sorgeberechtigter für die Einwilligung zuständig [21]. Ihn muß der Arzt demnach auch über die Behandlung aufklären. Zum Umfang der Aufklärungspflicht hat Eb.Schmidt [22] bemerkt, daß eine Verschweigung von Tatsachen, um den Krankheitsverlauf nicht ungünstig zu beeinflussen, nicht notwendig sei, vielmehr den Eltern Sorgen und Ängste durchaus zugemutet werden könnten. Tatsächlich sollte der Arzt der naheliegenden Gefahr, daß Furcht und Bangen der Eltern auf das kranke Kind übertragen wird, in erster Linie durch eine zusätzliche Aufklärung und Mahnung der Eltern zu begegnen suchen. Ausnahmsweise kann aber auch eine verharmlosende

---

[18] Das heißt, die Bekanntgabe der Maßnahme kann nur im Falle von § 9 II unterbleiben. Grünwald Z 73, 12 sieht dagegen hier einen Unterfall der Behandlungsgefahr, was in dieser Arbeit eine starke Beschränkung der Aufklärungspflicht bedeuten würde (s. § 9 III). Es liegt im Hinblick auf die Erweiterung aber ein Fall fehlender Einwilligung vor (zum Unterschied zur fehlerhaften Einwilligung vgl. § 5 II).

[19] BGHSt 11, 111 läßt die Fahrlässigkeitsform nicht klar erkennen, versagt die Rechtfertigung aber offensichtlich stets. Der Zeit- und Bezugspunkt der Fahrlässigkeit und die bereits entstandene Behandlungspflicht werden dabei aber nicht ausreichend bedacht.

[20] Widerspruch bei En.-Nipperdey § 151 II 1 e.

[21] Engisch Z 58, 41 f. Zu der Frage, ob der Arzt bei mißbräuchlicher Weigerung des Sorgeberechtigten selbständig handeln darf, vgl. einerseits RGSt 25, 375, andererseits RGSt 74, 350 sowie Engisch Z 58, 44 und 'Fehler u. Gefahren' S.1532.

[22] Arzt im Strafrecht S.106 im Anschluß an RG JW 37, 3087. Die Kritik von E.Schmidt aaO Anm.124 und von Kallfelz JW aaO ist berechtigt, da die Aufklärung vor allem gesundheitliche Bedeutung gehabt hätte.

Darstellung durchaus berechtigt sein [23]. Ungeklärt ist noch, ob neben dem bereits einwilligungsfähigen Minderjährigen auch noch die Sorgeberechtigten zuständig bleiben und wessen Entscheidung dann den Vorrang haben soll [24]; ferner, ob nicht bereits vor Erlangung der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährige ein Ablehnungsrecht haben kann [25]. Je nach der Beantwortung dieser Fragen sähe sich der Arzt bei der Erfüllung seiner Aufklärungspflicht verschiedenen Partnern gegenüber. Die an die falsche oder nur an eine von mehreren zuständigen Personen gerichtete Aufklärung würde den Arzt nicht rechtfertigen, wegen der Ungewißheit der Rechtslage aber wohl entschuldigen können.

2. Ist ein Kranker nach Überzeugung des Arztes entweder durch die zur Behandlung anstehende Krankheit oder aus sonstigen Gründen in einem Zustand, der eine freie Willensbestimmung ausschließt, so muß der Arzt das Vormundschaftsgericht anrufen, das gegebenenfalls für den Kranken einen gesetzlichen Vertreter (Pfleger) bestellt [26]. Dessen Zustimmung zur Behandlung hat dann der Arzt herbeizuführen und dabei - wieder ohne die Einschränkung, die sich aus der Sorge um den Heilerfolg ergeben kann - auch aufzuklären. Nur wenn zu einem solchen

---

[23] Miller Med.Klin.55, 962 fordert, daß der Angehörige eine ruhige und zuverlässige Person ist. Er bringt das Beispiel einer Frau, die auf Frage vom Magenkrebs ihres Mannes erfuhr und daraufhin sich und ihn vergiftete. Ähnliche Bedenken Grünwald Z 73, 27. E.Schmidt scheint inzwischen seinen Standpunkt abgemildert zu haben (vgl. Niederschriften Bd.7, S.217 unten), obwohl er in Ponsold S.40 noch "stets" eine "rückhaltslose" Aufklärung verlangt.

[24] Vgl. BGHSt 12, 383 (bei "gegebenen" Eingriffen beide zusammen); Schönke-Schröder § 51 Vorbem III 7 b (Minderjähriger allein, soweit nicht offensichtlich falsch - im Arztrecht nicht bedeutsam); Böhmer MDR 59, 707 (Minderjähriger immer allein); M.-Dürig Art.2 II Randnr. 37 (immer der gesetzliche Vertreter).

[25] ähnlich wie nach dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung der Minderjährige zwischen 12 und 14 Jahren zwar keinen Religionswechsel vornehmen, wohl aber einem solchen widersprechen darf. Vgl. dazu OLG Celle MDR 60, 136/37 sowie den Vorschlag von Bosch FamRZ 59, 203.

[26] BGHZ 29, 52. Bedenken bei v.Baeyer Med.Klin.55, 169, Müller NJW 56, 1099 und ausführlich Göppinger S.104: die Pflegerbestellung sei in der Praxis immer eine reine Formsache. Der Kranke werde aber dadurch für alle Zeit als zweitrangiges Mitglied der menschlichen Gemeinschaft abgestempelt. Diese Erfahrungen des Psychiaters sind nicht von der Hand zu weisen und sollten Anlaß sein, die juristische Forderung nochmals zu überdenken. Friedrich Med.Klin.55, 775 hält übrigens auch hier "jeden Familienangehörigen" für den "entscheidungsfähigen Sorgeberechtigten". Diese Äußerung eines Juristen in einer medizinischen Zeitschrift ist geeignet, Verwirrung zu stiften.

Vorgehen keine Zeit bleiben sollte, dürfte der Arzt nach eigenem Entschluß unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens handeln.
Mit dem Hinweis auf die gesetzliche Regelung der Pflegschaft (§ 1910 BGB) tritt die Rechtsprechung dem Argument entgegen, der Kranke befinde sich sehr häufig in einem seelischen Zustand, der es ihm unmöglich mache, die seine Krankheit betreffenden Fragen richtig einzuschätzen und zu entscheiden, weshalb seine Aufklärung nicht ausschlaggebend sein könne und dürfe [27].

---

[27] So schon Köstlin S.20/21 mit Zitaten. Vgl. ferner Neidhardt NJW 56, 1098, Göppinger S.73/74, Scheicher MMW 59, 1743, Roemer Schriftenreihe S.13 und von juristischer Seite Müller NJW 56, 1099 und Steindorff JZ 60, 140.

§ 4) Die Einwilligung

Nachdem die rechtlich und tatsächlich bestehenden Ausnahmen von der Selbstbestimmung erörtert worden sind, gilt es nun, zum Regelfall zurückzukehren, bei dem der Wille des Kranken über die Behandlung entscheidet.

I. Die Festlegung des maßgeblichen Willens

Der Kranke kann die Behandlung entweder wollen, nicht wollen oder noch unschlüssig sein. Sein Verhalten kann ferner anders gewertet werden als es von ihm gedacht war.
Dem Patienten, der sich noch nicht entschieden hat, darf [1] der Arzt ebenso wie dem ablehnenden Patienten zur Behandlung zuraten, er darf aber noch nicht behandeln. Riskant wäre es für den Arzt, sich auf eine nachträgliche Zustimmung zu verlassen, denn eine solche, angesichts des stets denkbaren Mißlingens der Behandlung sehr unsichere Genehmigung würde an der Rechtswidrigkeit des Handelns nichts mehr ändern [2]. Sie wäre noch nicht einmal als Verzicht auf das Strafantragsrecht zu werten, sondern könnte höchstens zu einem Verstreichenlassen der Antragsfrist führen [3].
Zivilrechtlich könnte sie nur dann als Verzicht auf Schadenersatzansprüche angesehen werden, wenn sich ein entsprechender, rechtsgeschäftlich gültiger Wille bei dem Verletzten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter nachweisen ließe [4].

Entscheidend ist also allein die Feststellung, daß im Zeitpunkt der Behandlung die Zustimmung des Patienten vorlag. Dabei können sich sowohl der Arzt als auch der Richter aber nur an den verlautbarten Willen halten, d.h. daran, ob bei objektiver Auslegung das Verhalten des Patienten ein 'Ja' zur Behandlung ausgedrückt hat. Weist der Patient nach, daß sein Verhalten nicht Ausdruck seines inneren Willens war, so kann er damit die Tatsache seiner Zustimmung dennoch nicht mehr für die Vergangenheit ungeschehen machen. Es bleibt ihm nur der auch ohne Irrtum stets mögliche Widerruf, solange die Behandlung nicht begonnen wurde oder abgebrochen werden kann [5]. War umgekehrt das Ver-

---

[1] ob er zuraten muß, s. § 14.
[2] RGSt 25, 383.
[3] Adressat des Verzichts müßte eine zuständige Behörde sein. Ferner ist ein Antrag nach geltendem Recht entbehrlich (§ 232 StGB - anders § 162 IV E).
[4] Die Regeln über die Einwilligungsfähigkeit und deren Ersatz gelten hier nicht (Vertragsrecht).
[5] BGH VersR 54, 99.

halten des Patienten objektiv keine Zustimmung und wurde es lediglich vom Arzt dafür gehalten, so kann der gute Glaube zwar den Arzt ganz oder teilweise entschuldigen [6], die Einwilligung aber nicht ersetzen [7].

II. Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung

1. Nach der Rechtsprechung ist der Wille zur Behandlung die Einwilligung in eine Körperverletzung. Die Einwilligung bedeutet einen "Verzicht auf Rechtsschutz" [8] und beseitigt die Rechtswidrigkeit, nicht aber den Tatbestand der Körperverletzung [9]. Nach Ansicht der überwiegenden Rechtslehre ist dagegen das kunstgerechte ärztliche Handeln allenfalls eine Nötigung bzw. de lege ferenda eine eigenmächtige Heilbehandlung. Diese Delikte können nur gegen bzw. ohne den Willen des Patienten verwirklicht werden, weshalb hier mit der Einwilligung der Tatbestand entfällt. Übrigens ließe sich das auch für die ärztliche Körperverletzung mit dem Argument behaupten, die Einwilligung sei hier nicht nur Schutzaufgabe, sondern zugleich eine den Richter bindende Erklärung darüber, daß das Körperinteresse gewahrt bleibe [10]. Die den Tatbestand ausschließende Einwilligung kann man im Unterschied zur bloß rechtfertigenden auch 'Einverständnis' nennen.
Die Erwähnung dieser rechtstheoretischen Frage ist notwendig, weil in einer Arbeit von Geerds Arglist, Zwang und Sittenwidrigkeit nur die Wirksamkeit einer Einwilligung ausschließen, nicht die eines Einverständnisses [11]. Derartige Folge-

---

[6] RGZ 68, 437/38.
[7] Dazu näher noch § 5 IV.
[8] Welzel S.87; Mezger in LK Bem.10 e vor § 51: "Preisgabe des Rechtsschutzwillens".
[9] Ursprünglich wurde ihr vom RG (RGSt 2, 443) sogar die rechtfertigende Wirkung abgesprochen mit der Begründung, der Gesetzgeber habe sie nur in § 216 StGB als Milderungsgrund erwähnt, ihr sonst also offenbar jeden Einfluß versagen wollen (§ 216 fordert mehr, nämlich "ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen"). Es läßt sich der Eindruck gewinnen, als ob das jahrzehntelange grundsätzliche Mißtrauen gegen die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund heute noch mitschwingt, indem man besonders genau nach möglichen Unwirksamkeitsgründen forscht.
[10] Vgl. dazu Sauer GS 113, 113/14. Der umgekehrte Gedanke führt dazu, zu sagen, der Arzt verletze eben dann den Körper, wenn er ohne Einwilligung handle. Dieses Ergebnis findet sich bei Niethammer S.144, Schönke-Schröder § 223 V 4 und Hall, zitiert bei Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, S.59.
[11] GA 54, 268/69. In Z 72, 79 spricht Geerds ausdrücklich auch bereits de lege lata von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis bei der Heilbehandlung. Was von der arglistigen Täuschung gesagt wird, muß erst recht natürlich von Irrtümern gelten, die ohne Arglist hervorgerufen bzw. belassen werden.

rungen dürften es sein, die Schönke-Schröder als "zu weitgehend" bezeichnet [12]. Auch hier soll aus diesem Unterschied nichts weiter hergeleitet, vielmehr die Aufklärungspflicht ausschließlich anhand der tatsächlichen Lage und für den Bereich ärztlichen Handelns bestimmt werden.

2. Immerhin läßt sich aber nicht leugnen, daß eine unterschiedliche Tatbestandssicht die Entscheidung beeinflussen kann. Die Körperverletzung erscheint regelmäßig unerlaubt, die Rechtswidrigkeit ist 'indiziert', ein Rechtfertigungsgrund greift nur ausnahmsweise ein. Die Einwirkung auf Willensbildung und Willensbetätigung oder eine Heilbehandlung dagegen erscheinen regelmäßig als erlaubt, aus ihrer Vornahme kann kein Schluß auf die Rechtswidrigkeit gezogen werden, diese, d.h. die Nötigung oder Eigenmacht bedarf eines besonderen Nachweises. Mit anderen Worten sucht der Jurist einmal nach einem Grund, der den Arzt entlasten könnte, das andermal nach einem Grund, der ihn belasten würde. Psychologisch ist die erstgenannte Betrachtungsweise ungünstiger und führt leicht zu strengeren Anforderungen. Sie wird ferner den wirklichen Verhältnissen nicht gerecht, denn man sollte unbeschadet der Tatbestandssicht immer davon ausgehen, daß der Arzt rechtmäßig gehandelt hat [13]. Die Gleichstellung mit anderen Fällen von Körperverletzung erweist sich in dieser Frage erneut als unglücklich [14].

III. Die Ermittlung der Einwilligung

1. Eine Einwilligung liegt sicher vor, wenn dem Arzt auf die Worte, er wolle den Blinddarm entfernen, eine Spritze in den Arm geben, ein bestimmtes Medikament anwenden, eine Geschwulst bestrahlen u.ä. ausdrücklich erklärt wird, dies dürfte geschehen [15]. Wenn der Patient aber auf diese Worte schweigt oder nicht deutlich antwortet, dann muß die Auslegung des damit zum Ausdruck kommenden Patientenwillens einsetzen. Der besonderen Lage des Kranken entspricht es, daß die Einwilligung nur ungern und zaghaft erteilt wird in der Einsicht, die Behandlung sei ein notwendiges Übel. Es ist deshalb von RGZ 151, 355 richtig

---

[12] in der 9.A. § 51 Vorbem III 6 d. In der 10.A. § 51 Vorbem III 7 a wird differenziert und bei der Heilbehandlung wie für die rechtfertigende Einwilligung entschieden.

[13] Darauf wird in § 13 zurückzukommen sein.

[14] Auch Steindorff JZ 60, 140/41 fordert, mit dem Wandel der Tatbestandssicht eine Überprüfung der Anforderungen an den Arzt zu verbinden.

[15] Ob in BGH NJW 56, 1106 von den Ärzten klar genug gesprochen wurde, kann dahinstehen, da der Patient spätestens ab der zweiten Behandlung im Bilde war.

gesagt worden, daß Anzeichen von Widerwillen und Angst die Annahme einer Einwilligung nicht ausschließen [16]. Weitere Auslegungsregeln gibt es nicht; ob eine Einwilligung vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall, dem hier nicht näher nachgegangen werden kann [17].

2. Schwieriger wird es, wenn der Arzt seinerseits keine eindeutigen Worte findet [15]. Der Arzt kann mißverständliche Fachausdrücke gebrauchen, er kann um den 'heißen Brei' herumreden oder er kann überhaupt schweigen. Als Antwort auf den letzten Fall ist zu sagen, daß der Patient, dem nicht mitgeteilt wird, was geschieht, grundsätzlich auch nicht einwilligen kann. Die Mitteilung erübrigt sich allerdings dann, wenn der Vorschlag zu einer bestimmten Behandlung vom Patienten ausging und der Arzt lediglich ihm nachkommt. Dabei muß der Vorschlag nicht unbedingt gegenüber dem behandelnden Arzt geäußert worden sein. Es genügt, wenn z.B. im Bericht des Hausarztes steht, der Patient werde überwiesen, weil er sich die Mandeln herausnehmen lassen wolle. Ergab sich dagegen die Hinzuziehung des Arztes nur aus einem allgemeinen Behandlungswunsche, ohne daß sich der Kranke bereits für eine bestimmte Maßnahme entschieden hätte, so liegt noch keine Einwilligung vor. Das Urteil RGSt 25, 375, das aus der Tatsache der Einlieferung in eine chirurgische Klinik auf die Einwilligung in eine Fußamputation geschlossen hatte (S.382), erscheint im Lichte der heutigen Rechtsprechung als sehr großzügig [18]. Auch in der chirurgischen Klinik - um beim Beispiel zu bleiben - muß der Patient nicht unbedingt mit einer Operation rechnen sondern darf erwarten, daß die Indikation nochmals sorgfältig geprüft und ihm mitgeteilt wird.

3. Die einzige echte Ausnahme von der Mitteilungspflicht bilden die Fälle, wo der Patient eine Generaleinwilligung erteilt. Von BGHZ 29, 54 werden sie dahingehend beschrieben, der Patient bringe hier zum Ausdruck, daß er alles vertrauensvoll dem Arzt überlassen wolle. Solche Fälle seien aber selten und in der Regel wolle der Patient wissen und selber entscheiden, was geschehen solle.

---

[16] Zutreffend stellt Engisch, Fehler u. Gefahren S.1530 auch auf die Notwendigkeit der Behandlung ab.

[17] Vgl. neuerdings BGH VersR 61, 191.

[18] wie das RG König-K. S.28. Vgl. ferner RGZ 68, 434: Bei Einlieferung in orthopädische Anstalt noch keine Operationseinwilligung. Zweifelnd König-K. aaO.

Die Rechtsprechung hat deshalb bisher noch nie eine derartige Willensäußerung angenommen [19].

Dieser an sich richtigen Einschätzung des Arzt-Patient-Verhältnisses muß aber kritisch hinzugefügt werden, daß die für den Ausnahmefall allein gebräuchliche Bezeichnung als 'Aufklärungsverzicht' [20] ungenau ist und zu Irrtümern führt. Wohl enthält die Generaleinwilligung auch einen vollständigen Aufklärungsverzicht. Die negative Feststellung, daß keine Unterrichtung darüber nötig ist, welche Maßnahmen der Arzt ergreifen will, ist aber nichts weiter als die Folgerung aus der zuvor getroffenen positiven Feststellung, daß der Patient in alle indizierten und kunstgerecht durchgeführten Behandlungen eingewilligt hat. Erst an anderer Stelle und mit eigener Begründung ergibt sich dann das Recht des Arztes, auch über Anlaß und Bedeutung der geplanten Behandlung zu schweigen (§ 5 IV b).

4. Für sämtliche Fälle einer undeutlichen Ausdrucksweise des Arztes soll das Urteil RGZ 163, 129 vom 8.4.1940 stehen:

> Einer Patientin, die eine Geschwulst an der rechten Brust hatte, wurde vom Arzt "die Entfernung der harten Stelle durch einen Einschnitt" vorgeschlagen, womit sie einverstanden war. Unter Betäubung entfernte der Arzt dann die ganze rechte Brust.
> Nach den vom RG nicht nachgeprüften tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin sich ausschließlich von der Vorstellung eines geringfügigen Eingriffs leiten lassen und eine Einwilligung, welche die ganze Brust umfaßte, nicht erklärt. Der Arzt sei sich dieser Einstellung bewußt gewesen und habe die Abnahme der Brust schon vor dem Eingriff als "voraussichtlich notwendig ins Auge gefaßt" (S.136).
> Das RG billigte die Verurteilung des Arztes, weil dieser ohne Einwilligung gehandelt habe.

In einer Besprechung dieses Urteils wurde gesagt, die Aufklärung über Art und Umfang des Eingriffs sei genügend gewesen und die Einwilligung habe deshalb vorgelegen [21]. Eine solche Auffassung ist zweifellos vertretbar, vor allem, wenn man mit RGSt 25, 381/82 den guten Zweck des ärztlichen Handelns für eine dem Arzt wohlwollende Auslegung heranzieht. Das damalige Instanzgericht und ihm folgend das RG haben demgegenüber die Willensbekundung der Patientin offen-

---

[19] Mit dem Unterschreiben von Blankovollmachten erteilt der Patient nur insoweit eine Einwilligung, als er bestimmte Eingriffe in seine Vorstellung einbezogen hat. Vor ihrer Einholung ist deshalb zu warnen. Kern GR II, S.61 hält sie - ohne nähere Begründung - für ungültig. Vgl. dazu OLG Bamberg VersR 56, 86, das im Ergebnis Zustimmung verdient.

[20] Vgl. Schwalm Schriftenreihe S.30.

[21] Kallfelz DR 40, 1292.

sichtlich restriktiv ausgelegt. Angesichts der in § 2 III gewürdigten Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts ist das nicht zu beanstanden, ja man wird sogar bei vom Arzt verursachter Unklarheit (anders als in Zif.1 oben!) die enge Auslegung zu einem allgemeinen Grundsatz erweitern dürfen [22].

IV. Die Rolle der Aufklärungspflicht bei der Ermittlung der Einwilligung

1. Eine Einwilligung darf nach dem bisher Gesagten regelmäßig also nur angenommen werden, wenn der Patient vor Behandlungsbeginn genau die bestimmte ärztliche Maßnahme gekannt hat. Eine allgemeine Einwilligung erteilt er ausnahmsweise dann, wenn er aus Vertrauen zum Arzt ausdrücklich oder stillschweigend das für zulässig erklärt, was letzterer für richtig halte.
Damit ist aber auch erwiesen, daß der Arzt dem Patienten in einfachen, jedem Laien verständlichen Worten mitteilen muß, welche bestimmte ärztliche Maßnahme erfolgen soll. Das ist der erste und nötigste Teil der Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts. Ohne Erfüllung dieser Pflicht handelt der Arzt nicht mit Einwilligung des Patienten. Die Aufklärung ist hier nichts weiter als eine Vorfrage bei der Auslegung von dessen Willensäußerung, eine Voraussetzung dafür, daß das Verhalten des Patienten überhaupt eine Einwilligung darstellen kann. Erst nach dieser Aufklärung kann der Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausüben, indem er entweder dem Vorschlag des Arztes zustimmt oder ihn ablehnt [23].

2. In RGZ 163, 129 hatte sich der Arzt damit verteidigt, es sei menschlich unmöglich gewesen, der Kranken, deren Mutter kurz vorher an Krebs gestorben war, die von ihm gestellte Diagnose 'Krebs' bekannt zu geben. Tatsächlich mußte der Arzt auf eine Mitteilung, er wolle die Brust entfernen, die Frage befürchten, welche schwere Krankheit denn einen solchen schweren Eingriff notwendig mache. Ohne vollständige, wahrheitsgemäße Auskunft hätte die Patientin kaum eingewilligt. Dieser Gefahr glaubte der Arzt am sichersten dadurch zu entgehen, daß er die Patientin im Unklaren darüber ließ, welchen Eingriff er an ihr vornehmen wollte.

---

[22] Für Einwilligung in einem ähnlichen Fall OLG Stuttgart VersR 56, 427.

[23] Ganz allgemein soll die Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts dem Patienten Gelegenheit geben, abweichend vom Arzt zu entscheiden. Sie dient deshalb ausschließlich seinem Ablehnungsrecht. Auf völlig anderer Grundlage als dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit beruht dagegen die Aufklärungspflicht, die den Patienten dazu bringen soll, dem ärztlichen Ratschlag zu folgen und in die Behandlung einzuwilligen. Dazu näher § 14.

Das RG hat dieses Verhalten mißbilligt und erklärt:

> "Der Revision ist freilich zuzugeben, daß es in Fällen der vorliegenden Art schwierig, ja unmöglich sein kann, die Einwilligung des Kranken in den vom Arzt für notwendig gehaltenen Eingriff einzuholen, ohne ihm zugleich - an sich unerwünschterweise - eine Vorstellung von der Natur seines Leidens zu übermitteln, insbesondere ihn darauf zu bringen, daß der Arzt das Leiden für Krebs halte. Diese Erwägung kann aber zu keiner anderen Beurteilung führen. Der Rechtssatz, daß . . . dem einzelnen auch gegenüber dem Arzt die Verfügung über seinen Körper vorbehalten bleiben muß, ist so allgemeiner Natur und wird durch so wohlbegründete Erwägungen gefordert, daß er sich auch gegenüber derartigen Bedenken durchsetzen muß. Selbstverständlich wird der Arzt versuchen, den Kranken vor schädlicher Ängstlichkeit zu bewahren, ... Aber das muß gegenüber der Notwendigkeit zurücktreten, daß der Arzt sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über Art und Folgen des Eingriffs (wenn auch naturgemäß nicht die Einzelheiten dieser umfassenden) Einwilligung des Kranken versichert. Soweit die mit ihrer Einholung verbundene Aufklärung die Herabdrückung seiner Stimmung oder sogar seines Allgemeinbefindens zur Folge hat, handelt es sich um unvermeidbare Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen." (S.137/38).

Die Zulässigkeit der Nichtaufklärung infolge medizinischer Bedenken wird später nochmals erörtert und in dieser Arbeit in engen Grenzen bejaht werden (§ 9 II).

3. Bei der Ermittlung der Einwilligung wird sich regelmäßig ergeben, daß sie personengebunden ist, d.h. nur einem bestimmten Arzt erteilt wurde [24]. Ein anderer Arzt handelt dann ohne Einwilligung. Deshalb muß, soweit eine falsche Vorstellung des Patienten in Frage kommen kann, auch über die Person des Arztes aufgeklärt werden, der den Eingriff vornehmen soll [25].

---

[24] Engisch, Fehler u. Gefahren S.1525/26.

[25] Vgl. BGH LM § 823 (Aa) BGB Nr.11. Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß der Patient den Arzt, dem er die Einwilligung erteilt und der ihn daraufhin behandelt, mit einem anderen Arzt verwechselt. Zur Aufklärungspflicht dort vgl. § 6 I 6.

§ 5) Die inhaltlichen Mängel der Einwilligung und die Pflicht zu ihrer Vermeidung

I. Die Einwilligungsmängel

1. Die Einwilligung kann unter Zwang zustande gekommen sein und ist dann unwirksam, wenn der Zwang rechtswidrig ausgeübt wurde. Die wahrheitsgemäße Bemerkung des Arztes, er werde die Behandlungsverweigerung der Krankenkasse melden und diese ihre Leistungen einstellen, ist zulässig; die unter ihrem Eindruck abgegebene Einwilligung demnach gültig [1].

2. Die Einwilligung kann aber auch im Irrtum erteilt worden sein [2]. Dabei ist Irrtum sowohl in der Form einer fehlgehenden als auch einer fehlenden Vorstellung möglich [3]. Der Irrtum kann die Folge einer Täuschung sein, d.h. einer vorsätzlichen Irreführung durch den Arzt, die bei Bestehen einer Pflicht zum Handeln auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann ('edle Motive' schließen dabei eine Täuschung nicht aus). Denkbar ist aber auch, daß der Arzt den Irrtum nur fahrlässig, nicht schuldhaft oder überhaupt nicht verursacht hat. Inhalt des Irrtums kann sein: die Person des Arztes, das Bestehen anderer Behandlungsmöglichkeiten und die Gebräuchlichkeit der vom Arzt gewählten Art, der Grund der Behandlung, die notwendigen und möglichen Folgen der Behandlung sowohl günstiger wie ungünstiger Natur, Dauer, Schmerzhaftigkeit und Kosten der Behandlung.

II. Der Unterschied zum Fehlen der Einwilligung

Ehe untersucht wird, welcher Einfluß den Fehlvorstellungen auf die Rechtmäßigkeit der Behandlung eingeräumt werden soll, muß der Unterschied zu den Fällen fehlender Einwilligung gekennzeichnet werden.
Auch bei der fehlerhaften Einwilligung hat der Patient immerhin erklärt, mit einem bestimmten Eingriff einverstanden zu sein, während er in RGZ 163, 129 keine solche Erklärung abgegeben hat sondern ungefragt dem betreffenden größeren Eingriff unterworfen wurde. Da der Patient hier 'selbst bestimmt' hat, sind die Irrtumsfälle auch nicht einfach mit der Behauptung zu lösen, es handle

---

[1] RGZ 168, 211/12 (Göppinger S.97 zitiert dieses Urteil falsch). Vgl. ferner BGHSt 4, 118 (Sterilisierung in KZ).
[2] Das Wort 'irrtümlich' wird zunächst vermieden, weil es zweideutig ist (§ 10 III 1). Die Ursächlichkeit des Irrtums für die Einwilligung bleibt vorerst offen.
[3] Engisch, Langenbeck's Archiv Bd.273, 429. Beidemale ist die Einwilligung mit Fehlern behaftet = fehlerhaft.

sich um eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts bzw. des daraus hergeleiteten Einwilligungsprinzips. Sicher liegt eine Gleichstellung dort nahe, wo die Einwilligung durch eine Täuschung des Arztes erlangt wurde. Dagegen fehlt eine ins Auge springende Rechtsähnlichkeit, wenn der Arzt den Irrtum nicht hervorgerufen und noch nicht einmal erkannt hat. Es muß deshalb selbständig nachgeprüft werden, ob und wann in derartigen Irrtumsfällen die Einwilligung rechtsunwirksam, d.h. ihr die rechtfertigende Kraft versagt sein soll. Erst aus der Unwirksamkeit kann sich - Behandlungswille oder Behandlungspflicht des Arztes vorausgesetzt - die Pflicht zur Beseitigung des Irrtums durch Aufklärung ergeben. Dabei darf aber der grundsätzlich andere Ausgangspunkt nicht vergessen werden: Auf der einen Seite stehen die Fälle, wo das Unterlassen der Aufklärung die Einwilligung ausschließt und auf der anderen Seite diejenigen, wo die Einwilligung vorliegt, das Unterlassen der Aufklärung aber für irrige Vorstellungen des Einwilligenden über die Behandlung verantwortlich ist. Es gibt also eine Aufklärungspflicht, deren Nichterfüllung die Einwilligung verhindert und es gibt - das Ergebnis vorweggenommen - eine Aufklärungspflicht, deren Erfüllung vielleicht die Einwilligung verhindern würde.

III. Die Stellungnahme von RG und BGH

1. Das RG befaßte sich mit dem Problem erstmals im Jahre 1912. Es hob damals die Verurteilung eines Arztes auf, die sich u.a. darauf stützte, daß der beklagte Arzt auf die Gefahr eines Schadens nicht aufmerksam gemacht hatte. Das RG (RGZ 78, 432) erklärte:

> "Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung läßt sich weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl sie trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig (!) ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird." (S.433/34).

Im besonderen Fall verneinte das Gericht die Pflicht zur Aufklärung deshalb, weil die Gefahr fern lag. Dem Urteil ist aber doch wohl zu entnehmen, daß bei den vom RG selbst herausgestellten Bedenken auch eine Aufklärung über näherliegende Gefahren "falsch" wäre und zumindest keine Pflicht zur Aufklärung bestünde.

In der Folgezeit beschäftigte sich das RG noch öfters mit der Aufklärungspflicht. Zu Verurteilungen kam es aber - soweit ersichtlich - nur zweimal in Fällen, wo bei nicht notwendiger Behandlung der Patient bewußt irregeführt wurde [4]. Im übrigen wurde die Aufklärungspflicht entweder im Ergebnis verneint [5], als erfüllt angesehen [6] oder zur Entscheidung zurückverwiesen [7]. In anderen Fällen handelte es sich um das Fehlen der Einwilligung [8] oder darum, ob die Nichtaufklärung dem Patienten gesundheitlich geschadet hatte [9].

2. Verschärft und in den Mittelpunkt zahlloser Diskussionen gerückt wurde das Problem sodann durch das einleitend zitierte Urteil des BGH vom 10.7.54 (BGH NJW 56, 1106):

---

[4] HRR 34, 1278: Vorspiegelung der Ungefährlichkeit einer Krampfaderverödung. Ferner der von Friedrich VersR 54, 383 mitgeteilte Fall: Vortäuschung von 99% Erfolgsaussicht einer kosmetischen Operation.

[5] außer RGZ 78, 432 noch RG WarnRsp 20, Nr.109, RG WarnRsp 32, Nr.71, RG JW 37, 927, RG JW 39, 349 sowie der von König-K. S.34 mitgeteilte Fall.

[6] RG DR 40, 684.

[7] RGZ 168, 206 (213). Dieses Urteil sprach Ende 1941 erstmals von der Aufklärung als Voraussetzung rechtswirksamer Einwilligung. Bis dahin war die Nichtaufklärung als Zusicherung des Erfolges (Garantievertrag) und als culpa in contrahendo geprüft worden (charakteristisch noch die Leitsätze des RG in DR 39, 2161). Der Blickwechsel vom Vertragsrecht zum Recht der unerlaubten Handlung (angeregt durch das Buch von Eb.Schmidt. Der Arzt im Strafrecht?) sollte nicht ohne Folgen bleiben.

[8] außer RGZ 163, 129 noch RG DR 40, 506 sowie RG JW 32, 3328: eine 44jährige Frau willigte in eine lebensrettende Operation nur nach der Zusicherung ein, daß ihre Gebärfähigkeit bestimmt erhalten bleibe. Als es sich während der Operation als notwendig ergab, beseitigte der Arzt trotzdem die Gebärmutter. Das RG hob das klageabweisende Urteil zum Zwecke neuer Entscheidung auf, gestand aber zu, daß "örtliche Rücksichten das Verhalten rechtfertigen" könnten (S.3329). Da es dabei RGZ 78, 432 zitierte, ließ das RG bei den dort genannten Bedenken also sogar ein bewußtes Hinwegsetzen über den erklärten Willen des Patienten zu. Nach König-Köstlin S.39 wurde die Klage später endgültig abgewiesen ! (Goldhahn-Hartmann S.23 behaupten fälschlich, der Arzt sei "bestraft" worden, Liertz-Pfaffrath S.200, er sei verurteilt worden). König-K. aaO nennen das Urteil "sicher ungerechtfertigt und falsch". Bei lebenserhaltenden Operationen dürfe der Arzt "unbedingt" auch ernsthafte Fragen nach Gefahren verneinen, da er alles daran setzen müsse, die Einwilligung zur Operation zu erhalten. M.E. ist das vielgescholtene Urteil eher ein Beweis für die großzügige und lebensnahe Einstellung des RG. (Den Hinweis auf die "örtlichen Rücksichten" übersehen auch Hübner-Drost in ihrer Kritik auf S.35).

[9] RG JW 37, 3087 und RG WarnRsp 38, Nr.128. Auch die Urteile zur Aufklärung über andere Therapien (s. § 16) sind wohl in diesem Zusammenhang einzuordnen.

Zur Bekämpfung seelischer Depressionen sollte der Patient mit Elektroschock behandelt werden. Bei der dritten Behandlung erlitt er Knochenbrüche, die u.a. zu Lähmungen führten. Der BGH gab in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Schadenersatzklage statt, weil der Kranke nicht aufgeklärt worden war und seine ohne Kenntnis der Gefahren abgegebene Einwilligung unwirksam gewesen sei.

In der Begründung des Urteils verweist der BGH mehrfach auf RGZ 163, 129. Den vorhin herausgearbeiteten Unterschied erkennt er, ebenso wie die bisherige Literatur [10], offensichtlich nicht, was später vor allem bei der Prüfung der Kausalität und bei der Frage des Aufklärungsverzichts zu Fehlern führt [11].

IV. Die Rechtfertigung der Rechtsprechung

Das Urteil BGH NJW 56, 1106, das den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung und somit die für die Ärzte maßgebliche Rechtsauffassung wiedergibt, begnügte sich also nicht damit, eine täuschende Einwirkung auf den Willen des Patienten zu verbieten. Vielmehr verpflichtete es den Arzt, unabhängig von Verursachung und Schuld und unabhängig auch von einem entsprechenden Verlangen des Patienten, Irrtümer durch Aufklärung zu beseitigen bzw. gar nicht erst entstehen zu lassen. Wenn diese Rechtsprechung richtig sein soll, müssen folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Zunächst muß bei objektiver Auslegung das Verhalten des Patienten die Möglichkeit eines Irrtums erkennen lassen [12]. Ein sicherer Schluß auf einen Irrtum braucht sich nicht zu ergeben, denn es genügt bereits die Gefahr einer Fehlvorstellung, um den Arzt zum Eingreifen zu verpflichten. Nimmt der Arzt versehentlich keinen Irrtum an, hält er z.B. den Kranken für schon unterrichtet, so beeinflußt das nur die Schuldfrage. War aber nach der Auffassung eines verständigen, aufmerksamen Beobachters im Zeitpunkt der Einwilligung kein Irrtum anzunehmen, so entfällt eine Aufklärungspflicht (über den einzelnen Punkt oder

---

[10] zuletzt Grünwald Z 72, 12 und 23; Bockelmann NJW 61, 947.

[11] Insgesamt darf man sagen, daß die heutige Rechtsprechung von den Urteilen des RG (und der damaligen Untergerichte) nur schwach gestützt wird. Irreführend sind die Zitate in BGHZ 29, 180! Friedrich Med.Klin. 55, 774, der meint, die Forderung nach Aufklärung psychisch Kranker weiche von der Judikatur des RG nicht ab, ist zu erwidern, daß das RG zwar nichts Gegenteiliges gesagt hatte, die Aufklärung aber auch nie verlangte.

[12] BGH NJW 56, 1106 stellt auf die individuelle Erkenntnisfähigkeit ab (S.1107 oben). Das dürfte bei überdurchschnittlicher Erkenntnisfähigkeit richtig sein, während bei unterdurchschnittlicher m.E. nur die Schuldfrage berührt wird. Die Frage ist ziemlich theoretischer Natur, praktische Abweichungen werden sich kaum ergeben.

allgemein). Für eine Irrtumsanfechtung des Patienten gilt das oben § 4 I 2 Gesagte.

Die Urteile zur Aufklärungspflicht sind im bisherigen Umfang völlig zu Recht von einem erkennbaren Irrtum des Patienten ausgegangen. Der Arzt weiß regelmäßig über die Probleme der Behandlung weit mehr als der Patient, der auch durch persönliche Beobachtung und populäre Literatur keinen ausreichenden Einblick gewinnen kann. Soweit aber der Einblick anzunehmen ist, bedarf es keiner Aufklärung:

> "Es ist vor allem nicht erforderlich, den Patienten darauf hinzuweisen, daß auch die geringfügigsten operativen Eingriffe unter ungünstigen Verhältnissen selbst bei Beachtung aller Vorsichtsmaßnahmen zu unvorhersehbaren Komplikationen führen können. Das ist allgemein bekannt und bedarf keiner besonderen Erwähnung."
>
> (BGHZ 29, 181)

Aus dem nämlichen Grunde braucht ein Arzt als Patient kaum jemals aufgeklärt zu werden. Schwierigkeiten können sich dagegen etwa bei arztnahen Berufen mit nicht so umfassender Ausbildung und Erfahrung ergeben [13]. Im Zweifel ist auch hier mit der Möglichkeit eines Irrtums zu rechnen.

b) Für das Entstehen der Aufklärungspflicht muß ferner hinzukommen, daß ein Irrtum ursächlich für die Einwilligung sein kann. Mit anderen Worten muß zu gewärtigen sein, daß ohne Irrtum der Patient seine Einwilligung nicht erteilen würde. Wiederum gibt das äußerlich feststellbare Verhalten den Ausschlag. In Ermangelung besonderer Anhaltspunkte wird dabei allgemein ein homo rationalis, ein "verständiger" Patient unterstellt (dessen Entscheidung aber durchaus von der des gleichfalls verständig entscheidenden Arztes abweichen kann):

> ". . . . . eine Aufklärung über mögliche schädliche Folgen einer Heilbehandlung (ist) nicht erforderlich, wenn Schäden nur in äußerst seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, daß sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen."
>
> (BGHZ 29, 182)

Bei der Behandlung auf Vorschlag des Patienten - wo die Aufklärung nach § 4 IV entfällt - kann aus der Umkehrung der Initiative weder Irrtumslosigkeit noch

---

[13] Vgl. OLG München VersR 60, 955 (Krankenschwester). Lt. Roemer Schriftenreihe S.16 war der Kläger in BGH NJW 56, 1106 Krankenpfleger. Außerdem war ihm von einem Kollegen, der Elektroschock-Patienten betreute, die Behandlung empfohlen worden. Der BGH geht in den veröffentlichten Urteilsgründen nicht darauf ein. Vgl. außerdem RG JW 37, 927 und BGH VersR 61, 191.

Unwesentlichkeit eines Irrtums für die Einwilligung hergeleitet werden. Die Aufklärungspflicht besteht wie sonst. Dagegen erklärt bei der Generaleinwilligung der Patient, der alles vertrauensvoll in die Hände des Arztes legt, auch, daß ihm keine richtige Vorstellung über die vom Arzt gewählte Behandlungsart vermittelt zu werden braucht, weil er in jedem Falle dem sachgerechten Rat des Arztes folgen wolle. Das bedeutet nicht unbedingt, daß er im Falle einer Aufklärung tatsächlich dem Rat gefolgt wäre. Wenn aber die Aufklärung den Patienten nach dessen eigener Willensbekundung nicht von der Einwilligung abhalten könnte, darf sie unterbleiben. Bei der von der Rechtsprechung zumindest theoretisch anerkannten Generaleinwilligung entfällt deshalb mit der Aufklärung nach § 4 IV zugleich die Aufklärung zum Zwecke der Irrtumsbeseitigung. Einen zweiten, praktisch weit wichtigeren Fall des erklärten Aufklärungsverzichts wird diese Arbeit in § 9 III behaupten und zu begründen versuchen. Immerhin erweist sich auch schon anhand der heute gültigen Rechtslage die Unrichtigkeit der oft so oder ähnlich zu findenden Formulierung, der Patient könne n u r dann einwilligen, wenn er das Wesen, die Tragweite und die Bedeutung der Behandlung überblicke[14]. Auch eine Einwilligung 'in rem incertam', wie sie beim Aufklärungsverzicht erteilt wird, ist rechtlich möglich.

c) Ausschlaggebend wird aber, daß dem Arzt eine Pflicht zur Förderung der besseren Selbstbestimmung des Patienten auferlegt wird. Wie wir gesehen haben, hat der Patient mit der Einwilligung sein Selbstbestimmungsrecht ausgeübt, ist mit der Bindung des Arztes an die Einwilligung dieses Recht zunächst gewahrt worden. Nur bei täuschender Herbeiführung würde die Einwilligung nach allgemeinen Grundsätzen als Rechtfertigungsgrund versagen[15]. Bereits bei fahrlässiger Verursachung des Irrtums käme die gegenteilige Entscheidung in Betracht[15], erst recht bei Nichtverursachung. Aus den kraft Berufes sich ergebenden Verpflichtungen des Arztes läßt sich - selbst bei Verlangen durch den Patienten - die Aufklärungspflicht nicht herleiten, denn Aufgabe des Arztes ist es nur, vor den Gefahren der Krankheit zu schützen[16]. Der Heilzweck wird durch

---

[14] E.Schmidt in Ponsold S.37 und Langenbeck's Archiv Bd.273, 421; Friedrich VersR 54, 329; Schwalm MDR 60, 722; Grünwald Z 73, 7; Schönke-Schröder § 223 V 4; Bockelmann NJW 61, 947. Mißverständlich auch BGH NJW 56, 1106 und BGHZ 29, 180.

[15] § 3 II 2, Anm. 13 und 14.

[16] A.A.Hübner-Drost S.33 und Friedrich VersR 54, 329, der aber von einer anderen Gruppe der Aufklärungspflicht (hier in § 14 dargestellt) ausgeht und keine Trennung vornimmt. A.A. anscheinend auch BGH NJW 56, 1107.
Im Falle einer Vertragsbeziehung liegt aber eine vertragliche Nebenpflicht

die Aufklärung aber nicht gefördert, er legt umgekehrt sogar oft Schweigen nahe. Weshalb soll nun der Arzt trotzdem die Einwilligung zu einer nach seiner Ansicht wünschenswerten und nützlichen Behandlung durch Aufklärung rückgängig machen bzw. von Anfang an verhindern?

Bei der Antwort muß man davon ausgehen, daß der Patient zwar selbst bestimmt hat, nach Aufklärung aber hätte besser bestimmen können. Seine Willensbildung war infolge Unwissenheit mangelhaft und obschon sie zu einem durchaus richtigen Ergebnis geführt hat, die Aufklärung auch regelmäßig an der Einwilligungsbereitschaft des Patienten nichts ändern würde, so ist doch die Willensäußerung vorzuziehen, bei der der Patient aufgrund vollständiger Tatsachenkenntnis seinen Entschluß fassen konnte und Gelegenheit zur Überprüfung hatte, wo seiner Ansicht nach sein 'wahres' Interesse liege. Mehr noch: Das Selbstbestimmungsrecht würde zwar formal weiterbestehen, inhaltlich aber manchmal bis zur Bedeutungslosigkeit entwertet, wenn man dem Patienten die allein vom Arzt verschaffbaren Urteilsgrundlagen für seine Entscheidung verweigern würde. Eine sinnvolle Auslegung des Selbstbestimmungsrechts muß zu der Forderung an den Arzt führen, von seinem Wissen um die Krankheit und ihre Bekämpfungsmöglichkeiten soviel mitzuteilen, daß der Patient wirklich weiß, welche Entscheidung er trifft. Das Recht auf die bessere Selbstbestimmung verwirkt der Patient auch nicht dadurch, daß er in mangelnder Selbstsorge nicht an den Satz 'tua res agitur' denkt und vor seiner Einwilligung Auskunft vom Arzt fordert. Der große Wert des Selbstbestimmungsrechts erlaubt es, auch in diesem Fall vom Arzt zu verlangen, daß er die Verantwortung für die bessere Selbstbestimmung übernimmt und von sich aus aufklärt. Von den 'vor die Klammer gesetzten' Gedanken zum Selbstbestimmungsrecht sei hier nur der wiederholt, der vom Schutz des Arztes spricht. Ihm müßte es auch ohne rechtliche Sanktionen peinlich und nachteilig sein, wenn der Patient bei Mißlingen der Behandlung das Gefühl hätte, der Arzt habe ihn zu einer schädlichen Einwilligung überredet. Die allgemeine Rechtspflicht zur Wahrung der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit schließt demnach die Aufklärungspflicht des Arztes in sich ein [17]. Dessen Bedürfnis und Bestreben, von dieser Neben-

---

vor, die sich bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung aus vertragsergänzendem Gesetzesrecht (oder sollte man von 'Rechtsprechungsrecht' sprechen?) ergibt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um zwingendes Recht, die Parteien können die Aufklärung also jederzeit ausschließen.

[17] Richtig Engisch, Der Krankenhausarzt 60, 141.

aufgabe möglichst wenig belastet zu werden, tritt dagegen völlig zurück [18]. Bedenklich erscheinen deshalb Formulierungen, die eine Grenze der Aufklärungspflicht dort ziehen wollen, wo eine Überspannung der billigerweise an den Arzt zu stellenden Sorgfaltspflicht vorläge [19].

Als Ergebnis dieses Abschnitts läßt sich also festhalten, daß die über das Verbot einer Irreführung hinausgehende und unabhängig von einem Verlangen des Patienten erhobene Forderung nach Aufklärung im Grundsatz zu Recht besteht.

V. Die Bedingung für die Aufklärung und der Aufklärungspflichtige

1. Die Aufklärung steht insgesamt unter dem Vorbehalt, daß eine Behandlung stattfinden soll. Zur Behandlung ist der Arzt vielfach verpflichtet [20] und auch ohne Rechtspflicht entspricht es seinem Berufsethos, zu helfen. Dabei steht dem Arzt im allgemeinen nicht der Weg offen, den Patienten vor die Entscheidung zu stellen, entweder auf die Behandlung oder die Aufklärung zu verzichten [21].

2. Nachdem die Aufklärung durch die Behandlung bedingt wird, folgt daraus auch, daß die Aufklärungspflicht immer den behandelnden Arzt trifft. Soweit in einer modernen, arbeitsteiligen Klinik z.B. Operation und sonstige Betreuung nicht dem selben Arzt obliegen, ist eine Delegation der Aufklärungspflicht an den betreuenden Arzt, vielleicht auch an eine erfahrene Krankenschwester [22] möglich. Grundsätzlich darf sich der behandelnde Arzt aber nicht darauf verlassen, daß etwa der Hausarzt vor der Überweisung [23] oder ein Kollege, der die Krankengeschichte aufnahm und Voruntersuchungen machte, den Kranken bereits aufgeklärt hätten. Für solche Ärzte bestand kein Anlaß und keine Pflicht, da sie noch keinen endgültigen Entscheid über die durchzuführende Behandlung fällten.
Die Erfüllung der Aufklärungspflicht durch den behandelnden oder den dazu abgeordneten Arzt ist dabei nach Ansicht von BGH NJW 56, 1106 keine rein ärztliche, dem Weisungsrecht der Klinikleitung entzogene Aufgabe. Dem ist gegen

---

[18] Den Zeitverlust halten für beachtlich Engisch, Fehler u. Gefahren S.1527, Göppinger S.74 und Seele MDR 61, 555.

[19] Vgl. OLG Köln VersR 55, 349. In Wirklichkeit sollte damit allerdings nur gesagt werden, daß der Arzt nicht mehr damit zu rechnen brauchte, seine Aufklärung würde den Patienten bei verständiger Würdigung des Für und Wider von der Einwilligung abhalten können.

[20] durch freiwillige oder notwendige Fallübernahme. Zu letzterer Eb.Schmidt in Ponsold S.4 f.

[21] Dazu § 14. Die Rechtsprechung hat die Frage nach der Gültigkeit eines erzwungenen Aufklärungsverzichtes noch nicht beschäftigt.

[22] ablehnend BGHSt 12, 383.

[23] Vgl. OLG München VersR 60, 955.

die Kritik von Müller [24] mit der Einschränkung zuzustimmen, daß der genaue Inhalt der Aufklärung nicht bei der Weisung am grünen Tisch festgelegt werden kann sondern sich aus dem Verlauf des Gesprächs unter Berücksichtigung der dabei zu Tage tretenden Persönlichkeit des Kranken ergeben muß.

---

[24] NJW 56, 1100.

§ 6) Umfang und Form der Aufklärung nach der gegenwärtigen Rechtsprechung

In § 5 IV a) und b) wurde als Grenze der Aufklärungspflicht Kenntnis oder Unwesentlichkeit genannt. Da die Rechtsprechung bei Vorliegen unbekannter, wesentlicher Tatsachen praktisch immer eine Aufklärungspflicht annimmt, brauchen vorerst nur diese beiden Begriffe erläutert zu werden. Dabei ist es angesichts der Fülle des Lebens weder möglich noch besonders nützlich, mehr als einen verständnisschaffenden Überblick anzustreben.

I. Die einzelnen Irrtumsfälle

1. Über den sicheren und möglichen Nutzen der Behandlung muß dann aufgeklärt werden, wenn der Patient erkennbar vielleicht größere Hoffnungen in sie setzt als objektiv berechtigt sind [1]. Überwiegt auch der geringere Nutzen immerhin noch die Nachteile, so wird die Verletzung der Aufklärungspflicht freilich ohne Folgen bleiben, da für ein Zivilverfahren die Grundlage fehlt und der Patient an einer Strafverfolgung uninteressiert ist. Gleichen die Vorteile der Behandlung dagegen nach Ansicht des Patienten seinen materiellen und immateriellen Schaden nicht aus, dann kann es selbst bei einer ungefährlichen, gelungenen Behandlung zu Ansprüchen gegen den Arzt kommen. Erst recht haftet der Arzt für die mißlungene Behandlung, auch wenn er über die Gefahr eines Mißlingens aufgeklärt hatte.

2. Notwendige ungünstige Folgen der Behandlung sind fast immer wesentlich und daher mitzuteilen, falls sie sich nicht schon aus der Mitteilung der Behandlung selbst eindeutig ergeben. Unwesentlich (und bekannt) ist z.B. das Zurückbleiben einer Narbe nach einer Operation. Ebenso können vielleicht unwesentlich sein vorübergehende Folgen, die im Laufe der Zeit von selbst oder durch entsprechende Nachbehandlung schwinden.

3. Die möglichen schädlichen Folgen = Gefahren der Behandlung beanspruchen die größte Aufmerksamkeit.

a) Keine Gefahr liegt dort vor, wo der Eintritt eines Schadens nach dem jeweiligen Stand der ärztlichen Wissenschaft mit Sicherheit vermieden werden kann [2].

---

[1] Beispiel bei Roemer Schriftenreihe S.15. Ein anderes Problem ist es, ob der Arzt auf die günstigen Folgen hinweisen muß, um die Einwilligung zu erhalten. Hält der Patient infolge Nichtaufklärung den Nutzen der Behandlung für geringer als er in Wirklichkeit ist, und willigt er trotzdem ein, so beruht die Einwilligung nicht auf seinem Irrtum. Willigt er aber aus diesem Grunde nicht ein, so hat die Nichtaufklärung u.U. das Unterbleiben der Behandlung verursacht und der Arzt gegen seinen Heilauftrag verstossen, also einen Kunstfehler begangen (dazu § 14).

[2] BGHZ 29, 58.

Die überall und hier allein noch bestehende Gefahr eines Kunstfehlers bei der Behandlung ist kein Gegenstand der Aufklärung [3].

b) Meistens wird nun gesagt, aufzuklären sei über die 'typischen Gefahren' der Behandlung, was in der Rechtswissenschaft [4] heißen soll: aufzuklären ist über solche Schäden, die nicht nur in äußerst seltenen = atypischen Fällen auftreten. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß einerseits nur und andererseits auch immer derartige Schäden den Patienten zur Verweigerung seiner Einwilligung bewegen könnten. Das ist nicht richtig. Auch äußerst seltene, aber schwere Schäden können bei leichter Erkrankung ein hinreichender Grund sein, die Behandlung abzulehnen. Deshalb forderte BGHZ 29, 182 zu Recht neben der Seltenheit eines Schadens noch die Annahme, für den Patienten werde diese zahlenmäßig geringe Gefahr nicht mehr ins Gewicht fallen [5]. Umgekehrt können auch nicht äußerst seltene = in typischen Fällen auftretende Schäden bei einer schweren Erkrankung unwichtig sein, vor allem, wenn sie leichterer Natur sind [6]. Die Häufigkeit eines Schadens ist also nur ein bedeutsamer, nicht aber der allein ausschlaggebende Anhaltspunkt dafür, ob die Gefahr einen verständigen Patienten von seiner Einwilligung abhalten kann. Da die beiden anderen maßgeblichen Faktoren in dem Begriff 'typische Gefahr' aber nicht miterfaßt werden können, wird vorgeschlagen, diesen Begriff aufzugeben. Der Jurist kann mit dem besten Willen leider nicht mehr sagen als: aufzuklären ist über die wesentlichen Gefahren der Behandlung.
Der Verzicht auf das Wort 'typisch' wird vordringlich durch den Umstand, daß die ärztliche Wissenschaft dieses Wort ebenfalls kennt, aber anders gebraucht. Unter typischen Schäden versteht der Arzt solche, die er vor einer bestimmten Behandlung befürchten muß und nachher nur als Folge dieser Behandlung ansprechen kann, die also im Wesen der Behandlung begründet, ihr eigentümlich sind [7].

---

[3] Vgl. Ziffer 6 unten.
[4] Eb.Schmidt in Ponsold S.39 und Schwalm MDR 60, 724 sowie Schriftenreihe S.25. Ebenso OLG Stuttgart NJW 58, 263. Der BGH hat den Begriff nie eindeutig definiert, aber öfters in diesem Sinne gebraucht, vgl. NJW 56, 1107, VersR 56, 407, VersR 56, 479 und BGHZ 29, 57/58. Göppinger S.59 übernimmt ihn, während ihn Engisch, Fehler u. Gefahren S.1528 vermeidet. Die mehr als unglückliche Wortprägung ist auf Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S.101 zurückzuführen.
[5] Vgl. ferner BGH VersR 56, 407.
[6] BGH NJW 56, 1106: bei 7% Frakturen besteht eine Aufklärungspflicht, obwohl diese meist ohne Folgen verheilen (zum Begriff 'folgenlos' vgl. Göppinger S.64/65).
[7] Vgl. Roemer Schriftenreihe S.14: postoperative Embolie als typische (= charakteristische) Operationsfolge.

Diese medizinische Terminologie interessiert den Juristen höchstens unter dem Blickwinkel, ob eine Gefahr dem Patienten bekannt sein kann, nicht aber unter dem, ob sie für ihn wesentlich sein kann. Dementsprechend hat der BGH, als er einmal den medizinischen Begriff aus den Sachverständigen-Gutachten übernahm, in seinem Urteil erklärt, einer Aufklärung bedürfe es nicht bei äußerst seltenen typischen Gefahren [8]. Der Zusammenstoß des juristischen Begriffs mit dem medizinischen muß zwangsläufig zu Verwirrung führen [9].

c) Bereits gesagt wurde, daß der Arzt nicht seine eigene positive Einstellung zugrundelegen darf, wenn er die Frage der Wesentlichkeit prüft, denn damit entfiele jede Aufklärung. Der Arzt muß vielmehr alle Fälle berücksichtigen, in denen eine Ablehnung der Behandlung denkbar erscheint [10]. Es ist deshalb möglich, eine prozentuale Grenze festzusetzen, oberhalb der eine Gefahr immer als wesentlich zu gelten hat. BGHZ 29, 182 hat bei ca. 6% ersthafter Strahlenschäden die Aufklärungspflicht im Falle einer lebensbedrohenden Krankheit (Gebärmutter-Krebs) bejaht. Das bedeutet, daß der BGH eine solche Schadenshäufigkeit stets als möglichen Ablehnungsgrund ansieht [11].
Die Zahlen über die Häufigkeit eines Schadens entnimmt die Rechtsprechung der ärztlichen Statistik, die von den Sachverständigen zumeist erwähnt wird, um die Vermutung eines Kunstfehlers zu entkräften. Ihre Zuverlässigkeit soll und kann hier nicht näher untersucht werden [12]. Beachtenswert ist, daß der BGH der individuellen Statistik den Vorrang einräumt, neben der die allgemeine Statistik aber noch mit von Wichtigkeit sein könne [13]. Die Gefährlichkeit einer Behandlung wird

---

[8] BGHZ 29, 60.

[9] Das habe ich selbst an einem LG-Urteil sehen können. Auch Grünwald Z 73, 15 und Schwalm Schriftenreihe S.25 treffen mit ihrer Kritik nur die unklare Sprache, nicht aber den Inhalt der Aussage des BGH aaO. Eine Verbindung des medizinischen mit dem juristischen Begriff versucht übrigens Bockelmann NJW 61, 947.

[10] so auch Grünwald Z 73, 14.

[11] Auf die (bestrittene) Möglichkeit einer Operation statt der Bestrahlung stellte der BGH seine Entscheidung nicht ab. Weitere Rechtsprechung zur Schadensquote bei Perret, Arzthaftpflicht und in Med.Klin.60, 1205. Grünwald Z 73, 14, der glaubt, die Rechtsprechung fordere die Aufklärung über nicht seltene Schäden auch bei Entscheidungsunwesentlichkeit, lehnt sie folgerichtig ab (S.18). Seine Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht nach der Rechtsprechung des BGH (S.16) dürfte aber wie folgt abzuwandeln sein: Der Arzt hat den Patienten über die Gefahr einer Schädigung zu belehren, wenn die Gefahr bei der Entscheidung eines verständigen Patienten ins Gewicht fallen könnte, was bei bedeutenderen, nicht äußerst seltenen Schäden immer anzunehmen ist.

[12] Vgl. etwa Perret Med.Klin. 55, 773 und MMW 59, 1744. Fehlt bei einem neuen Verfahren oder Mittel eine zuverlässige Statistik, so muß dem Patienten die Ungewißheit des Risikos mitgeteilt werden, vgl. BGH VersR 56, 408.

[13] BGH NJW 56, 1108 und BGHZ 29, 61/62. Gleicher Ansicht bereits König-K.S.38.

man dabei aus der Gesamtschadensquote schließen müssen. Auch über äußerst seltene Schäden ist also dann aufzuklären, wenn sie in der Summierung ca. 5% Schadensfälle ergeben [14]. Würde man die Aufspaltung nach einzelnen Schadensarten zulassen, so verbliebe für den Patienten nur noch der allgemeine Hinweis, die Behandlung sei nicht ganz ungefährlich. Das aber reicht nicht aus, um dem Patienten zu einer sachgerechten Entscheidung zu verhelfen.

4. Eine Aufklärungspflicht über den Befund gibt es im eigentlichen Sinne des Wortes überhaupt nicht. Wie der Arzt eine Krankheit bezeichnet, ist dem Patienten bei seiner Einwilligung gleichgültig. Seinen gegenwärtigen körperlichen und geistigen Zustand kennt er selbst und teilt ihn sogar dem Arzt mit, damit dieser aus den Symptomen auf die Krankheit schließen kann. Deren Weiterentwicklung ohne Behandlung ist das, was der Patient wissen möchte. Die sicheren und möglichen Folgen der Nichtbehandlung ergeben sich für den Arzt selbstverständlich nur aus der Diagnose; sie können aber immer auch ohne Nennung der Krankheit geschildert werden, wenn der Arzt das für zweckmäßig erachten sollte [15].
Eine Aufklärungspflicht über den weiteren Verlauf und die Gefahren der Krankheit besteht nun solange, als der Patient die gesundheitlichen Nachteile einer Nichtbehandlung vielleicht zu düster sieht. Nur dann könnte die Einwilligung aus Irrtum erfolgen. Hält der Patient dagegen seine Krankheit für leichter und willigt er trotzdem ein, so ist sein Irrtum unwesentlich. Die Aufklärung hätte ihn umgekehrt in seinem Behandlungsentschluß nur bestärkt. Natürlich könnte man zweifeln, ob der Patient nicht bei Kenntnis der Schwere seiner Krankheit sich die Behandlungskosten und -mühen ersparen und stattdessen zu gegebener Zeit sich lieber eine Kugel durch den Kopf schießen würde. Eine solche - vielleicht nicht einmal äußerst seltene oder unvernünftige Reaktion - braucht der Arzt aber nicht zu berücksichtigen. Vollkommen richtig hat die Rechtsprechung noch nie die Bekanntgabe des Krebsbefundes im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht gefordert sondern sie im Gegenteil ausdrücklich als unerwünscht bezeichnet [16]. Die Rechtsprechung sagt lediglich, der Arzt müsse auch bei einer Krebserkrankung über die Art und die Risiken einer Behandlung aufklären und die

---

[14] so auch Göppinger S.61. BGHSt 12, 385 nimmt dagegen nur dazu Stellung, ob der Arzt seltene Gefahren in seinen Überlegungen zur Indikation berücksichtigen muß.

[15] Vgl. aber Roemer Schriftenreihe S.6 (Bezeichnung der Krankheit stärkt das Vertrauen).

[16] RGZ 163, 137 und BGHZ 29, 184/85. Zu den falschen Ausführungen in RGSt 66, 181 siehe § 15.

Gefahr auf sich nehmen, daß der Patient daraufhin - in Unkenntnis der Schwere seiner Krankheit - zunächst die Behandlung verweigert. In diesem letzteren Falle müsse der Arzt dann über den Ernst der Lage aufklären und notfalls sogar das Wort 'Krebs' gebrauchen, um die Einwilligung zu erhalten. Mit der Frage der Rechtswirksamkeit einer ohne Aufklärung über den Befund erteilten Einwilligung hat das nichts zu tun. Für dieses Kapitel gilt ausschließlich der Satz, daß jeder Irrtum über einen Umstand, der für die Behandlung spricht, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Einwilligung ist [17].

5. Eine Aufklärung über andere Behandlungsmethoden setzt voraus, daß es nach der lex artis verschiedene Möglichkeiten der Therapie gibt [18]. Die Aufklärung erscheint dann als notwendig, wenn ein mehr oder gleichermaßen übliches Verfahren nicht angewendet wird [19]. Dagegen ist bei Wahl der Regelmethode kein Hinweis auf Außenseiterverfahren nötig. Schwierig zu lösen ist in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, ob dem Patienten, der z.B. einen mit homöopathischen Mitteln behandelnden Arzt aufsucht, das Bestehen anderer Möglichkeiten nicht schon bekannt und unwesentlich ist. Bei ständiger Konsultation wird man das annehmen dürfen. Die Aufklärungspflicht entfällt dann, solange die gewählte Methode rechtlich gleichwertig ist. Andernfalls muß der Arzt die Behandlung

---

[17] Das verkennt LG Frankfurt VersR 58, 868. Das Urteil, das übrigens die Gefahren einer Strahlenbehandlung für bekannt hält, verdient im Ergebnis aber volle Zustimmung. Wie hier Grünwald Z 73, 19/20, Schwalm Schriftenreihe S.26 Anm.10 hält das für "nicht überzeugend", weil er das Problem nicht recht sieht. Es handelt sich hier einzig und allein darum, ob der Arzt aufklären muß, um dem Vorwurf eigenmächtigen Handelns zu entgehen und nicht darum, ob er aus therapeutischen Gründen, zur Vermeidung von Ansteckung o.ä. aufklären muß. In der nicht differenzierenden Form der Aussage unrichtig auch E.Schmidt in Ponsold S.40. In 'Arzt im Strafrecht' S.107 weist Schmidt allerdings erläuternd darauf hin, der Patient könne bei Kenntnis der Gefährlichkeit der Krankheit sich lieber einem anderen Arzte anvertrauen wollen. Das erscheint nicht ganz unbegründet. Ausschlaggebend dafür, ob man dem Arzt vertrauen will, ist aber doch wohl Umfang und Gefährlichkeit der Behandlung. Hat der Arzt nicht die zur Behandlung erforderlichen Fähigkeiten und Mittel, dann muß er sowieso auf die eigene Durchführung verzichten. Auch Bockelmann NJW 61, 948 erkennt nicht, daß die Aufklärung erfolgen muß, um die Einwilligung zu erhalten und nicht, um eine rechtswirksame Einwilligung zu erhalten. Auf diesem Mißverständnis beruht auch die Polemik von Steindorff JZ 60, 140. Friedrich VersR 54, 330 und Engisch, Fehler u. Gefahren S.1527 sowie in 'Der Krankenhausarzt' 60, 141 führen nur solche Argumente an, die aus medizinischen Gründen für die Aufklärung sprechen. Aufgrund dieser Fehldarstellungen glauben die Ärzte, regelmäßig den Krebsbefund nennen zu müssen, während in Wirklichkeit eine derartige Aufklärung nur die ultima ratio wäre. (Beispiel für die Verwirrung Perret Med.Klin.60, 1205).

[18] Dazu näher § 15 IV.

[19] Vgl.Liertz-Pfaffrath S.199, die Andeutung in BGHZ 29, 187 und die RG-Urteile in § 16.

selbst bei ausdrücklichem Wunsche des Patienten ablehnen und diesen auf die Vorzüge einer anderen Behandlungsart aufmerksam machen. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht wäre ein Kunstfehler. Soweit eine Aufklärungspflicht über verschiedene Behandlungsmöglichkeiten besteht, ist ausnahmsweise im Rahmen des Selbstbestimmungsrechts auch über das 'Für' jeder Behandlung und vielleicht auch über die Art der Krankheit [20] aufzuklären, da nur so die Wahl richtig getroffen werden kann. Im übrigen kann, wie gesagt, mangelndes Wissen um die Vorzüge der Behandlung nie zu einer irrtümlichen Einwilligung führen sondern höchstens zu einer irrtümlichen Ablehnung des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit.

6. Eine Aufklärungspflicht über seine Person hat der Arzt in dem theoretischen Fall, daß er in objektiv erkennbarer Weise mit einem anderen Arzt verwechselt würde. Dagegen gibt es keine Aufklärung über die persönlichen Fähigkeiten [21]. Von psychologischen Hindernissen und fehlender Selbsterkenntnis abgesehen, scheitert eine Aufklärung rechtlich daran, daß der Patient immer den Anspruch auf eine den Umständen nach bestmögliche Hilfe (personell wie materiell) hat. Zumeist wird das eine durchschnittliche Hilfe sein, manchmal mehr, manchmal weniger.
Kann der Arzt nun zu wenig für die fragliche Behandlung, so darf er nicht behandeln und würde im Falle eines Schadens trotz Aufklärung über sein mangelhaftes Können wegen Kunstfehlers haften. Kann er aber, was die Rechtsordnung für den bestimmten Fall in einer bestimmten Lage fordert, dann ist die Behandlung erlaubt [22]. Wunderdinge darf der Patient nicht erwarten. Die Gefahren eines Mißerfolgs, die verbleiben, sind objektiver Natur und an anderer Stelle mitgeteilt worden [23].

---

[20] Vgl. RG JW 37, 3087
[21] A.A.Engisch, Fehler u. Gefahren S.1526 unter Berufung auf Nagler und Mezger.
[22] Vgl. BGH VersR 56, 450 (offengelassen wird die Frage der Aufklärung bei Erstoperationen, die aber nicht anders als die zweiten beurteilt werden können).
[23] Die allgemeine Statistik enthält ja immer auch ein subjektives Moment, d.h. sie gibt den durchschnittlichen Wissens- und Leistungsstand der Ärzte wieder. Daraus folgt die Möglichkeit einer Abweichung der individuellen Statistik und ebenso die Senkung der Mißerfolgsquote bei fortschreitender Ausbreitung und Nutzbarmachung neuer Erkenntnisse.

7. Die Dauer und die Schmerzen einer Behandlung wird man meistens [24], die Kosten immer [25] als unwesentlich ansehen dürfen. Bei den Kosten genügt die Anfechtung des zivilrechtlichen Arztvertrages, die Rechtswirksamkeit der Einwilligung braucht von einem Irrtum über sie nicht berührt zu werden [26].

II. Der Einfluß des Behandlungszweckes auf den Umfang der Aufklärungspflicht

Die Skala des ärztlichen Handelns reicht vom dringenden, lebensrettenden bis zum sgn. kosmetischen Eingriff [27]. Der unterschiedlichen Wichtigkeit einer Behandlung entspricht ein unterschiedliches Maß von Aufklärung. Das wird vor allem von ärztlicher Seite hervorgehoben [28], aber auch von der Rechtsprechung anerkannt. BGHSt 12, 382/83 äußert sich direkt zwar nur zum Problem der Einwilligung (§ 4 III 1), doch gelten die dort genannten Grundsätze sinngemäß auch hier. Die Aufklärung kann also entfallen oder stark eingeschränkt werden, wenn jede Verzögerung im Behandlungsbeginn dem Patienten schweren Schaden brächte [29]. Duldet die Behandlung dagegen noch zeitlichen Aufschub, so bleibt die Aufklärungspflicht nach Ansicht der Rechtsprechung selbst bei einer lebensrettenden Behandlung in beträchtlichem Umfang erhalten, denn der Patient kann auch dort die Behandlung verweigern und den Tod wählen [30].
Mit abnehmender Wichtigkeit des Eingriffs nimmt die Aufklärungspflicht zu [31]. Sie wird sich nunmehr auch auf die Gefahr leichter, vorübergehender Schäden, Schmerzen und Dauer der Behandlung erstrecken können. Auch die Aufklärungspflicht über die Folgen einer Nichtbehandlung setzt jetzt ein, damit der Patient sich diese nicht zu schlimm vorstellt und vielleicht nur deshalb die Behandlung auf sich nimmt.

---

[24] ähnlich Engisch, Fehler u. Gefahren S.1526.
[25] a.A. Engisch aaO.
[26] Dogmatisch ist das allerdings schwer zu begründen (Aufspaltung und Trennung des Behandlungswillens vom Vertragswillen?).
[27] Bei Experimenten und Eingriffen zugunsten Dritter fehlt der in der Überschrift vorausgesetzte 'Patient'.
[28] Vgl. Göppinger S.66/67. Als Jurist stellt Kallfelz JW 37, 927 entscheidend darauf ab.
[29] Das Zeitmoment übersehen Roemer Schriftenreihe S.15, der einen Widerspruch zu BGHZ 29, 176 feststellt und Erdsiek NJW 59, 808, der das Urteil "weitherziger" als BGHZ 29, 46 nennt.
[30] Vgl. BGHSt 11, 114.
[31] Vgl. BGH VersR 56, 407.

III. Der persönliche Einfluß des Patienten auf den Umfang der Aufklärungspflicht und die Form der Aufklärung

1. Die Aufklärungspflicht wird eingeschränkt bzw. entfällt bei einem Patienten, der in seinem Verhalten zu erkennen gibt, er sei unterrichtet oder er verzichte auf Aufklärung. Sie wird sowohl eingeschränkt als auch erweitert, wenn die körperliche Verfassung des Patienten geringere oder größere Aussichten und Gefahren einer Behandlung erwarten läßt als in der Statistik ausgewiesen sind [32]. Sie wird schließlich erweitert bei einem Patienten, für den objektiv erkennbar auch kleinere und äußerst seltene Schäden von Bedeutung sein können [33]. Nach BGHZ 29, 60/61 wird anscheinend ferner durch Fragen des Patienten - auch soweit sie nicht besondere persönliche Verhältnisse aufzeigen - der Umfang der wesentlichen Tatsachen immer vergrößert. Das erscheint zweifelhaft. M.E. darf der Arzt hier zunächst versuchen, den Patienten zu beschwichtigen und abzulenken [34]. Gibt sich der Patient aber damit nicht zufrieden und verweigert er einstweilen seine Einwilligung, dann muß der Arzt aus anderem Grunde (§ 14) doch aufklären. Der Arzt wird also solchen Fragen z.B. nach Schmerzen oder entfernt seltenen Schäden oft nicht ausweichen können und wenn er antwortet, muß es wahrheitsgemäß geschehen (Täuschungsverbot).

2. Bezüglich der Form der Aufklärung gibt es keine allgemeine Regel, da jedes Gespräch durch die Persönlichkeit von Arzt und Patient bestimmt wird [35]. Nötig ist kein medizinischer Vortrag sondern nur ein dem Verständnis des Patienten angepaßter knapper Überblick [36]. Dabei soll sich der Arzt bemühen, eine "schädliche Ängstlichkeit" zu vermeiden [37]. Der Arzt muß darauf achten, daß der Patient nun nicht etwa die Gefahren zu groß, die Behandlungsaussichten zu klein und seine Krankheit zu leicht sieht. Würde er durch eine Fehleinschätzung gesundheitlichen Schaden erleiden, so könnte die ungeschickte Form der Aufklärung ein haftungsauslösender Kunstfehler sein.

---

[32] OLG Stuttgart VersR 54, 310; Göppinger S.62. A.A.Bockelmann NJW 61, 951, weil eine solche Aufklärung auf eine Gesundheitsbeschädigung hinauslaufe.

[33] Unter diesem Gesuchtspunkt sehr großzügig RG JW 37, 927 mit Kritik von Kallfelz aaO. Vgl. ferner Schwalm Schriftenreihe S.27 (auf die Kenntnis des Arztes kommt es aber nicht an und auf die subjektive Erkenntnisfähigkeit nur beim Verschulden).

[34] wie hier Friedrich VersR 54, 382.

[35] Vgl. BGHZ 29, 183/84: Arzt hat "angemessenen Spielraum".

[36] BGHZ 29, 181: Besprechen in "großen Zügen".

[37] RGZ 163, 138 und ähnlich BGHZ 29, 56.

IV. Die Einschränkung der Aufklärungspflicht aus medizinischen Bedenken.

1. Die soeben genannten gesundheitlichen Nachteile der Aufklärung können folgendermaßen eingeteilt werden:

a) In der ersten Stufe wird durch die Schilderung der Gefahren o.ä. zwar nicht die Einwilligung verhindert, wohl aber das Vertrauen des Patienten in den Erfolg der Behandlung erschüttert und dadurch der Heilverlauf ungünstig beeinflußt. Darüber hinaus kann die Schilderung noch zu einer körperlichen Erregung führen, die den Eingriff erschwert und gefahrvoller macht [38].

b) In der zweiten Stufe wird der Patient veranlaßt, die kunstgerechte, ex ante vorteilhafte Behandlung zu verweigern. Stattdessen läßt der Patient entweder den Dingen ihren Lauf oder er greift zu nutzlosen, u.U. sogar schädlichen anderen Mitteln (Selbstkuren, Aufsuchen eines Kurpfuschers [39]). Der Arzt hat daher die Berufspflicht, den Patienten zur Einwilligung in die medizinisch indizierte Behandlung zu bewegen. Im Rahmen dieser Pflicht muß er dem Patienten auch die schweren Gefahren einer Nichtbehandlung vor Augen führen und zu diesem Zweck die lebensbedrohende Krankheit nennen, an der der Patient möglicherweise leidet.

c) Diese Mitteilung kann, wenn nunmehr eingewilligt wird, wieder die in a) erwähnte Wirkung haben. Sie kann ferner in der dritten Stufe darüberhinaus selbst aktiv die Gesundheit des Patienten beeinträchtigen, ihm seelische Qualen bereiten, den körperlichen Zustand verschlimmern und zum Selbstmord verleiten.

2. Es liegt auf der Hand, daß diese Gefahren nicht nur bei einer unnötig weiten oder ungeschickt formulierten Aufklärung entstehen können. Die Ärzte machen deshalb gegen die Aufklärungspflicht zum Schutze des Selbstbestimmungsrechts in erheblichem Umfang medizinische Bedenken geltend. Demgegenüber wiederholte der BGH zunächst die Sätze des RG, eine Herabdrückung der Stimmung oder des Allgemeinbefindens sei in Kauf zu nehmen [40]. Später erklärte er, der Arzt solle nicht gezwungen sein, den Heilerfolg zu beeinträchtigen [41]. Die Aufklärung müsse aber ernsthafte und, wie hinzugefügt wurde, nicht wiedergutzumachende [42] Schäden befürchten lassen. Es sei Aufgabe der beklagten Ärzte im

---

[38] Vgl. die ärztlichen Äußerungen zur Kropfoperation, zitiert von OLG München VersR 60, 955.
[39] Roemer JZ 60, 138 und Schriftenreihe S.13.
[40] BGH NJW 56, 1107 wie RGZ 163, 137/38.
[41] BGH VersR 56, 407 und BGHZ 29, 56 f.
[42] so BGHSt 11, 116, wo die Frage offengelassen wird, ob die Aufklärung jemals unterbleiben dürfe.

Zivilprozeß, nachzuweisen, daß und warum im bestimmten Fall die Aufklärung einen solchen Schaden hätte hervorrufen müssen [43]. Ohne die Angabe besonderer Gründe, weshalb und wie die Aufklärung geschadet hätte, bleiben die Ärzte schadenersatzpflichtig:

> "Nur in dem besonderen Falle, daß die mit der Aufklärung verbundene Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung des Patienten führen würde, könnte ein Absehen von der Aufklärung gerechtfertigt sein, ..."
>
> (BGHZ 29, 185)

Wenn man die Urteile des BGH genau auslegt, so sind also geringere Dauerschäden und alle vorübergehenden Schäden (z.B: die Verzögerung des Gesundungsprozesses) für einen Wegfall der Aufklärungspflicht nicht ausreichend. Ferner ist nicht ausreichend die nach allgemeiner ärztlicher Erfahrung nicht auszuschließende Möglichkeit eines Schadens, sondern nur die voll beweisbare Erwartung, es werde im konkreten Fall sicher ein (ernster und nicht behebbarer) Schaden eintreten.

3. Unter diesen engen Voraussetzungen ist es nicht verwunderlich, daß der BGH einen Wegfall der Aufklärungspflicht bisher praktisch noch nicht angenommen hat. Es wird deshalb auch nicht ganz klar, welche Aufklärung entfallen kann. Der vom BGH geforderte ernsthafte und sicher erscheinende Schaden wird, wenn überhaupt, vor allem bei der Mitteilung des Krebsbefundes in Betracht kommen. Diese Mitteilung ist aber beim einwilligenden Patienten sowieso nicht notwendig, da auf der irrtümlichen Annahme einer leichteren Krankheit die Einwilligung nicht beruht. So ist nur noch denkbar der Verzicht auf die Einholung der Einwilligung. Dann ist aber auch die Aufklärung über Art und Folgen der Behandlung überflüssig. Es hat keinen Sinn, diese Aufklärung weiterhin zu verlangen, wenn die möglicherweise sich anschließende Verweigerung der Behandlung dem Arzt das Recht zum Handeln deshalb nicht nimmt, weil er einerseits die Krankheit nicht zu nennen braucht und andererseits glauben darf, der Patient würde bei Kenntnis der Wahrheit seine ablehnende Haltung aufgeben und doch einwilligen.

4. Mit dem letzten Halbsatz wurde bereits der Ersatzrechtfertigungsgrund in diesen Fällen angedeutet: An die Stelle der (rechtswirksamen) Einwilligung tritt die mutmaßliche. Diese Auffassung kann man dem Vorwurf in BGHZ 29, 186 entnehmen, die Ärzte hätten nicht einmal einen nahen Angehörigen befragt. Sie entspricht

---

[43] BGH VersR 56, 407; BGHZ 29, 57; BGHZ 29, 183.

der Rechtslage dort, wo infolge Bewußtlosigkeit des Patienten auf die Einwilligung verzichtet werden muß. In ähnlicher Weise kann hier der Patient nicht zu einer (irrtumsfreien) Einwilligung gelangen, da ihm die dazu nötigen Kenntnisse nicht verschafft werden können [44].

[44] BGHZ 29, 57 läßt die Frage der Ersatzrechtfertigung ausdrücklich offen. Denkbar wäre auch, daß die Rechtsprechung, soweit die Zeit ausreichen würde, auf einer Pflegerbestellung bestünde. Dazu und zu den Bedenken dagegen s. § 3 III 2 oben.

§ 7) Anhang: Die Auskunftspflicht

Die bisher erörterte Aufklärungspflicht wird ausschließlich bedingt durch das Verbot eigenmächtiger Behandlung. Eine andere Aufklärungspflicht, die noch näher darzustellen sein wird (§ 14), folgt aus dem Gebot kunstgerechter Behandlung.

Daneben gibt es aber noch eine dritte Aufklärungspflicht, die nicht in Zusammenhang mit einer Behandlung steht, die rechtliche Wertung des ärztlichen Handelns also unberührt läßt und deshalb auch nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. Als Beispiel wird hier genannt die Aufklärung über eine bevorstehende Erblindung oder ein unheilbares Leiden, die den Kranken in die Lage versetzen soll, seine "häuslichen und geschäftlichen Angelegenheiten" [1] zu bestellen, etwa eine Berufsumschulung zu beginnen oder ein Testament zu errichten.
Diese Aufklärungspflicht (zumeist über Diagnose und Prognose aufgrund einer Untersuchung) kann aus dem Arztvertrag oder § 242 BGB [2] hergeleitet werden, nicht aber aus der Pflicht, das Selbstbestimmungsrecht zu achten und kunstgerecht zu behandeln. Fehlt ein vertraglicher Anspruch (sehr häufig: ein Unfallverletzter wird im Auftrag der ersatzpflichtigen Versicherung untersucht und möchte das Ergebnis wissen, um seinen Schaden berechnen zu können), dann hilft sich der von einem Anwalt beratene Kranke heute vielfach, indem er den Arzt von seiner Schweigepflicht nur unter der Voraussetzung entbindet, daß er selbst auch unterrichtet wird.
Um den Begriff der Aufklärungspflicht nicht über Gebühr zu belasten, sollte man hier in sämtlichen Fällen besser von einer Auskunftspflicht sprechen. Bemerkenswert ist aber, daß noch im Jahre 1930 Ebermayer unter dem Stichwort 'Aufklärungspflicht' hauptsächlich diese Frage der Auskunftserteilung besprach [3]. Die Aufklärung als Voraussetzung einer rechtswirksamen Einwilligung war damals noch unbekannt.

---

[1] so RGSt 66, 182.
[2] vgl. LG Köln NJW 56, 1112.
[3] Der Arzt im Recht S.98. Auch die von Ebermayer zitierten Ärzte Dr.Moll (aaO S.97), Dr.Payr (aaO S.156) und Dr.Marcus (Arzt und Patient S.137) verneinten ein Recht auf Aufklärung und zogen sie nur unter dem Gesichtspunkt der medizinischen Nützlichkeit (Moll) und der Regelung häuslicher Angelegenheiten (Payr) in Erwägung.

§ 8) Die Kritik an der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat vor allem wegen der geringen Berücksichtigung medizinischer Bedenken Widerspruch gefunden, wobei sich die Argumente gegen eine Aufklärung auf Hippokrates berufen können:

> "Alles muß man gelassen und geschickt tun; auch muß man während der ärztlichen Dienstleistung das meiste dem Kranken verheimlichen. Was notwendig ist, ordne man heiter und ruhig an . . . . . und nichts schildere man von dem, was eintreten wird oder vorliegt. Denn viele sind aus diesem Anlaß in äußerste Unruhe versetzt worden durch das soeben erwähnte Vorhersagen des Kommenden und des Gegebenen." [1]

Im folgenden soll eine größere Zahl von Meinungen selbst zu Worte kommen. Das bedingt einen Verzicht auf eine sachliche Gliederung, der auch dadurch nahegelegt wird, daß zum Teil von Juristen ärztliche Befürchtungen geschildert und bekräftigt werden.

Nach Adam ignoriert der BGH die Erfahrung vieler Ärztegenerationen, wonach die überwiegende Mehrzahl der Kranken der Krebs-Diagnose nicht gewachsen sei. Er vermißt die Feststellung, daß der Arzt nicht "aus Nachlässigkeit oder gar zur Erlangung irgendwelcher Vorteile" schweige, sondern deshalb, weil er die "seelische Erschütterung ersparen, die Flamme der Hoffnung nicht auslöschen" wolle, die dem Kranken seinen Lebenswillen und oft auch sein Leben erhalte. Die "Provokation der Patienten-Angst" werde gefordert, obwohl der größte Teil infolge Ausbleibens von Behandlungsschäden ganz umsonst geängstigt werde.

> "Dabei sind wir der Überzeugung, daß die erwähnte Rechtsauffassung nur deshalb über so lange Zeit hinweg aufrechterhalten werden konnte, weil die Ärzteschaft trotz der Widerrechtlichkeit ihrer Haltung im juristischen Sinne ganz allgemein nicht aufgeklärt hat [2]. Eine konsequente Aufklärung der Mehrzahl Krebskranker über die wahre Natur ihres Leidens, wäre sie noch so taktvoll verdeckt erfolgt, hätte mit Sicherheit so katastrophale Folgen, daß auch von der öffentlichen Meinung ein Wandel (natürlich dann der Haltung der Ärzte) kategorisch gefordert worden wäre. Es spricht u.E. für das Verantwortungsbewußtsein der Ärzte, . . . daß sie sich bisher schützend vor ihre Kranken . . . gestellt haben. Es muß aber fraglich erscheinen, ob diese Haltung noch lange aufrechterhalten werden kann. . . . . Die Urteile . . . haben zu einer latenten Panikstimmung in der Ärzteschaft geführt und es steht zu befürchten, daß diese . . . . den Kranken die geforderte Aufklärung zukommen lassen

---

[1] Zitat nach Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S. 98, Anm. 100. Eb.Schmidt meint aaO, dieser Ratschlag könne heute keine Geltung mehr beanspruchen. BGHZ 29, 50 stimmt Eb.Schmidt zu.

[2] zustimmend Morgenthum S.16.

> wird. Wir sind überzeugt davon, daß als Folge . . . . nicht nur lebensverlängernde Eingriffe unterbleiben und die Selbstmordziffern ansteigen werden, sondern daß mit der Vernichtung der Hoffnung auch ungezählte Krankenschicksale trostloser werden."

Der Arzt habe im Zwiespalt zwischen Helfenwollen und Schadenkönnen bisher ganz überwiegend zum Nutzen des Kranken als Treuhänder entschieden. In Zukunft bestehe u.a. auch die Gefahr, daß bei Bestrahlungen die Dosis zu niedrig gewählt werde, um Schäden und damit die Aufklärung zu vermeiden. Der Kranke würde dadurch aber eines Teiles seiner Heilaussicht beraubt.
Als Grund der "besorgniserregenden Zunahme" von Arztprozessen sieht Adam abschließend "das Bestreben des modernen Menschen, sein eigenes Lebensrisiko möglichst auf andere Schultern zu verteilen, nach einem Schuldigen für persönliches Mißgeschick zu suchen". Aus der Rechtsprechung könnten aber dem Kranken "Gefahren erwachsen, ... deren Gewicht von keiner Seite unterschätzt werden sollte".

Baeyer sagt im Hinblick auf BGH NJW 56, 1106, mit der Forderung nach Aufklärung des seelisch Kranken werde "eine Absurdität zum Prinzip erhoben". Man könne vom psychisch Kranken nicht verlangen, "daß er das Für und Wider verständig abwägt und sich einen von unkontrollierbaren Stimmungen, Befürchtungen und Vorurteilen freien Entschluß abringt". Der an sich behandlungswillige Kranke würde verängstigt und so ganz unnötigerweise der Heilungsschance beraubt. Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters käme häufig zu spät und wäre eine "unnötige psychologische und soziale Erschwerung für den Patienten". Baeyer schlägt stattdessen eine "ausführliche und konkrete Aufklärung" der Angehörigen vor. Bauer fordert die Anhörung erfahrener Sachverständiger. Nicht der Arzt sondern die Krankheit treffe die körperliche Unversehrtheit, der Arzt gebe im Gegenteil dem versehrten Organismus die Unversehrtheit wieder zurück.

> "Selbstverständlich bejahen wir die Aufklärungspflicht und üben sie ja jeden Tag aus. Aber wir müssen uns als Ärzte für unser Gewissen vorbehalten, daß wir das von Fall zu Fall tun im Ansehen des Kranken, der vor uns sitzt. Die Krebsdiagnose sage ich nur, wenn ich unausweichlich danach gefragt werde. . . . . Lügen muß meiner Ansicht nach der Arzt nicht. Was der Arzt sagt, muß wahr sein, aber nicht alles, was wahr ist, muß er auch sagen." (Der Krankenhausarzt 60, 148).

Bockelmann verneint ein Recht des Arztes, "den Patienten durch eine gezielte Unterrichtung, die nur das enthält, was dem Arzt sachdienlich erscheint, zur Duldung derjenigen Behandlung zu veranlassen, die vom ärztlichen Standpunkt aus ratsam ist". Bei Eingriffen, die nicht zur Lebensrettung oder zur Verhütung schweren Siechtums schlechthin unerläßlich seien, müsse auch über die geringste

Häufigkeitsdichte eines Schadens aufgeklärt werden. Auf die Mitteilung der Diagnose verzichte der Patient häufig, sie müsse aber genannt werden, wenn der Patient danach frage und seine Einwilligung davon abhängig mache. Die Aufklärung dürfe infolge übergesetzlichen Notstands (Pflichtenkollission) entfallen, wenn eine Gesundheitsschädigung zu erwarten sei, nicht aber bei "irgendeiner nachteiligen Wirkung". [3]

Ebermayer konnte noch keine Kritik an der Rechtsprechung üben, da es diese noch nicht gab. Er sagte:

> "Die Lage des einzelnen Falles, in erster Linie der Takt des Arztes, in zweiter Linie die Persönlichkeit und die Verhältnisse des Kranken müssen dem Arzt die ihm nach sorgfältiger ethischer und praktischer Erwägung richtig erscheinende Entscheidung an die Hand geben." [4]

Engisch ließ zunächst [5] ein Handeln ohne Einwilligung gerechtfertigt sein "vielleicht auch in dem Fall, daß der Arzt dem Patienten ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit nicht voll über den Umfang der Operation aufklären kann". Die Grenzen der Aufklärungspflicht ergäben sich "zumeist aus irgendwelchen Gegeninteressen" [6]. Bei Krebs werde um der Gemütsverfassung des Kranken willen die Aufklärung meist in Frage gestellt sein (zu engherzig sei wohl RGZ 163, 129). Andererseits dürfe die Gefahr, daß der Patient die Einwilligung gegen seine ureigentlichen Interessen verweigere, noch nicht zum Wegfall der Aufklärungspflicht führen (bedenklich daher auch RGZ 78, 432) [6]. Zuletzt [7] hielt Engisch die Einholung der Einwilligung dann für nicht möglich, wenn von einer Mitteilung des Befundes, der die Behandlung rechtfertigen soll, ein schwerer Gesundheitsschaden zu befürchten sei, andererseits diese Behandlung ohne ernste Gefährdung von Leben oder Gesundheit aber nicht aufgeschoben werden könne.

---

[3] Bei Bockelmann bleiben viele Fragen offen. Genügt eine auf allgemeine Erfahrung gestützte Besorgnis? Wo verläuft die Grenze zwischen Gesundheitsschaden und nachteiliger Wirkung? Welche Aufklärung darf entfallen? Insgesamt ist Bockelmann teils zu großzügig (Täuschung des nicht einwilligenden Basedowkranken - gegen derartige Manipulationen auch Göppinger S.94), teils zu engherzig (geringste Schadensquoten bei gesundheitsförderlichen Eingriffen; keine Gesundheitsgefahr bei Mitteilung sicherer Hirntumordiagnose und normaler Operationsrisiken?).

[4] Arzt im Recht S.98 und S.156; ebenso Arzt und Patient S.138.

[5] Z 58, 46.

[6] Fehler u. Gefahren S.1527-1529.

[7] Heidelberger Jahrbücher 1960, S.67.

Friedrich schlägt folgende Lösung vor:

> "Besteht bei voller Aufklärung des besonders schwer Erkrankten ernstliche Besorgnis für den Heilungsprozeß, so kann der Arzt u.U. auf die Aufklärung verzichten. Ist zufolge der Aufklärung sogar unmittelbare Gefahr für das Leben des Erkrankten (Gemütskrankheit, Selbstmordabsicht) gegeben, so muß der Arzt u.U. sogar die Belehrung überhaupt unterlassen, will er sich nicht der Gefahr aussetzen, wegen ärztlicher Pflichtverletzung in Anspruch genommen zu werden. Erfordert es die Sachlage zwingend, dann werden diese Grundsätze auch zu gelten haben, wenn der Patient Aufklärung verlangt. In diesem Falle scheint auch die 'fromme Lüge' gerechtfertigt."
>
> (VersR 54, 384)

Zusammenfassend meint Friedrich, die besonderen ärztlichen Berufsgrundsätze müßten bisweilen den Vorrang gegenüber begrifflichen juristischen Diktionen haben. Die Einwände der Ärzte müßten mehr als bisher gewürdigt werden [8].

Goldbach weist ebenfalls darauf hin, daß der Patient nicht mehr wie früher bereit sei, die Krankheit und Krankheitsfolgen als persönliches Schicksal hinzunehmen. Er glaubt allerdings noch, Rechtsprechung und Ärzte seien sich darin einig, daß die Aufklärung dort ihre Grenze finde, wo sie dem Patienten zum Nachteil gereichen und seine Heilung gefährden würde [9].

Goldhahn-Hartmann kritisieren RGSt 66, 181 [10] heftig (S.36 f.):

> "Würde sich der Arzt bedingungslos den Forderungen der Rechtsprechung beugen und überall dort die schonungslose Aufklärung geben, wo ihm selbst ein Verschweigen zum Nachteil gereichen könnte, dann würde der Arzt im höchsten Grad unärztlich handeln und unendliches Leid über seine Kranken bringen."

Rechtlich sei der Behandlungszweck regelmäßig das übergeordnete Ziel der ärztlichen Konsultation. Der Arzt sei berechtigt, "bei jeder Befragung durch Kranke zunächst den natürlichen Wunsch stillschweigend vorauszusetzen, geheilt zu werden, selbst dann, wenn der Kranke . . . das Gegenteil versichert". Die Aufklärung entfalle also, wenn der Behandlungszweck in Frage gestellt sei.

> "Leider hat die Rechtsprechung in vielen Fällen die Aufklärungspflicht des Arztes in einer Weise überdehnt, die geeignet ist, durch Verhinderung geeigneter Operationen usw. den Kranken zu schädigen und dem Arzt die optimalen Heilungsmöglichkeiten zu nehmen." [11]

---

[8] Zustimmend Hübner-Drost S.37.

[9] gefährden würde = schaden könnte. In Wirklichkeit fordert die Rechtsprechung, daß die Aufklärung aller Voraussicht nach schaden würde.

[10] Dazu § 15.

[11] In einer Einzelbesprechung von 6 Urteilen finden G.-H. dann allerdings nur einmal Grund zu Widerspruch (in dem Fall RG HRR 34, Nr.1278), da "zum

Göppinger (Nervenarzt und Dr.jur.) bezeichnet einleitend den Arztvertrag als ein Rechtsverhältnis sui generis. Daraus leitet er später die Forderung ab, daß zur Bewertung des ärztlichen Verhaltens Sachverständige gehört werden müßten (S.81/83). Für die aufklärungspflichtige typische Gefahr verlangt er eine "gewisse Beeinträchtigungsintensität", die "subjektiv erheblich" sein müsse (S.60). Das Maß der Aufklärung müsse in reziprokem Verhältnis zur Schwere der Erkrankung und dem durch die Behandlung erwarteten Heilerfolg stehen (S.72). Eine noch so vorsichtige und sorgfältige Aufklärung sei oft schädlicher als ein Unterlassen der Aufklärung:

> "Praktisch ist es doch so, daß der Patient schließlich entweder doch seine Einwilligung gibt, die Gefahr durch die Aufklärung aber nicht etwa geringer, sondern, stellt man die psycho-physische Rückwirkung bei dem Patienten in Rechnung, vielfach eher größer geworden ist; oder aber er gibt sie nicht, die Behandlung unterbleibt, womit die Gefahr für ihn wieder keineswegs verringert wird sondern etwa die Möglichkeit besteht, daß aus einer akuten, noch leicht angehbaren Erkrankung eine chronische wird oder sonstige Komplikationen hinzutreten, so daß er dann später, zu einem viel ungünstigeren Zeitpunkt, doch noch seine Einwilligung zur Behandlung gibt." (S.74)

Grünwald lehnt den Begriff 'typisch' ab sowie eine Aufklärung, die, obwohl nicht seltene Schäden betreffend, doch unwesentlich für die Entscheidung des vernünftigen Patienten sei. Die Lösung bei medizinischen Bedenken sucht er im ärztlichen Ethos:

> "Wenn es der standesethisch begründeten Auffassung der Ärzte - sei es ihrer Mehrheit, sei es auch nur einer ernstzunehmenden Minderheit - entspricht, in einer bestimmten Situation aus der Sorge um das Wohlergehen des Kranken auf eine Aufklärung zu verzichten, dann ist dieses Verhalten rechtmäßig." (Z 73, 41).

Jaspers befaßte sich nicht mit der Rechtsprechung. Die "ideale ärztliche Beziehung" ist auch für ihn die, in der Arzt und Kranker "beide in der Reife der Vernunft" leben.

Aber:

> "Der Kranke will eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen. Die Autorität des Arztes ist ihm ein erwünschter fester Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung enthebt. . . . Der Kranke will auch, wenn es ernst wird, wenn das Leben bedroht oder nach menschlicher Voraussicht schon verfallen scheint, es gar nicht wissen. Falls er das Gegenteil sagt, begehrt er die Beruhigung, nicht die Wahrheit

---

Erfolg . . . als einer der wesentlichen Faktoren das Vertrauen des Kranken gehört . . .". Nicht Leichtsinn oder Größenwahn veranlasse die Ärzte, die Gefahren zu verneinen, sondern die Psyche der Kranken, die andernfalls geschädigt würden (S.45).

> Anspruch auf Wahrheit hat nur der Kranke, der fähig ist, die Wahrheit zu ertragen und mit ihr vernünftig umzugehen .... Was der Kranke von seiner Krankheit denkt, erwartet, befürchtet, wünscht und hofft, das scheint ein Faktor im Krankheitsverlauf selbst zu sein. Was der Arzt sagt und tut, faßt der Kranke auf seine Weise auf. Der Arzt hat nicht nur die Verantwortung für die Richtigkeit seiner Aussage, sondern auch für deren Wirkung auf den Kranken in dessen getrübter, widervernünftiger Seelenlage. Der Arzt kann gar nicht in der Gemeinschaft offener Vernunft mit dem Kranken stehen."

Daher werde der moderne Arzt dem "Nichtwissenwollen entgegenkommen" und - widerstrebend - ein Verhalten vollziehen, das wie eine Verleugnung der Gefahr aussehen könne.

Kallfelz [12] weist einleitend darauf hin, der Arzt werde mit noch so viel Takt und Geschick die Einwilligung manchmal nicht erhalten, ohne die Krankheit zu nennen.

> "Die große Rolle, die bei schweren operativen Eingriffen eine günstige Gemütsstimmung, Operationsbereitschaft und Glaube an den Erfolg spielen, ist heute allgemein bekannt. Von diesen Faktoren hängen in hohem Maße auch die körperliche Widerstands- und Gesundungskraft und damit vielfach der letzte Erfolg der Operation und das Schicksal des Operierten ab."

Nur der Arzt könne beurteilen, welche Maßnahmen erforderlich seien, um das Behandlungsziel zu erreichen. Es sei seine ärztliche Pflicht, für möglichst günstige Umstände bei der Operation zu sorgen.

König lehnt eine Pflicht zur Bekanntgabe der Diagnose ab (S.29/30). Anhand der zitierten Rechtsprechung (einschließlich 1935) folgert er bezüglich der Aufklärung über Operationsgefahren nicht zu Unrecht:

> "Grundsätzlich besteht nur bei rein kosmetischen Operationen eine Verpflichtung des Arztes, von sich aus auf mögliche Gefahren hinzuweisen. Bei nicht notwendigen Eingriffen und bei solchen Fällen, die durch eine gefahrlose Methode als die vorgeschlagene mit gleichem Erfolg beseitigt werden können, muß der Arzt auf etwaige Fragen nach der Gefährlichkeit einer Behandlung wahrheitsgemäße Auskunft geben. Die Verpflichtung entfällt bei Eingriffen, die der Beseitigung einer - nicht notwendig akuten - Lebensgefahr oder einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesundheit und Erwerbsfähigkeit dienen." (S.42).

Auch für Köstlin gilt der Satz: salus aegroti suprema lex!

> "Erkennt man bei wirklicher Vertiefung in den Standpunkt des Arztes die Richtigkeit und die Notwendigkeit dieses Grundsatzes des Verschweigens bei der Behandlung eines unheilbaren Kranken, so naturgemäß in höherem Maße noch in Fällen, in denen die Natur aller Kräfte des Menschen bedarf, um die Voraussetzungen der Heilung zu schaffen.

---

[12] DR 40, 1292 zu RGZ 163, 129.

> . . . . Der Zwiespalt der Meinungen wird also nur das seelische Gleichgewicht und den bedingungslosen Glauben an die Gesundung durch die vorgeschlagene Therapie stören." (König-K. S.20).

Liertz-Pfaffrath stellen ebenfalls die große Rolle der seelischen Beeinflussung und Beruhigung fest. Behandlungs- und Aufklärungspflicht könnten daher in Widerspruch geraten, die erstere werde dann häufig wichtiger sein (S.192). Unter Hinweis auf RGSt 66, 181 halten sie es für unbefriedigend, die Nichtaufklärung bei Krebs rechtlich als Ausnahme anzusprechen. Die gegenteilige Übung der Ärzte müsse die Grundlage der Rechtsfindung bilden (S.197). Bei Fragen sei der wahre Wille zu ermitteln, viele Patienten verlangten nicht eine erschreckende sondern nur eine tröstende Antwort (S.198).

Lüdeke stimmt der im in- und ausländischen Schrifttum wie auch im medizinischen Unterricht gelehrten Regel zu, dem Kranken die Diagnose 'Krebs' zu verheimlichen. Nach erfolgtem Eingriff solle aber z.B. über den vollen Umfang einer Magenoperation (Totalexstirpation) aufgeklärt werden, damit der Kranke Lebensweise, Ernährung und Beruf darauf einstellen könne und der Erfolg der Operation gesichert werde [13]. Der Grund des weitreichenden Eingriffs solle auch jetzt noch nicht genannt werden:

> "Der Kranke, der die wahre Natur seines Leidens häufig genug ahnt, hofft aus unserem Munde, ganz besonders aber von dem Chirurgen, der ihn operierte, zu hören, daß Krebs nicht vorlag. Davon machen geschwulstkranke Ärzte auch kaum jemals eine Ausnahme."

Für die Aufklärung auch von Krebskranken ist als einziger Arzt Malten [14]:

> "Der Tod ist das unausweichliche Schicksal jedes Menschen, das hört und sieht er von Jugend an. Wer über sich und das Leben nachdenkt, . . . findet die Kraft, ihn zu bewältigen. Dem heutigen Menschen generell die Kraft dazu abzusprechen, ... ist doch übertriebener Pessimismus. . . . Wer erst einmal routinemäßig alle Moribunden täuscht, . . . der wird auch keine Charakterstärke finden. . . . Da die Kranken diese Methode kennen, trauen sie auch unseren günstigen Voraussagen nicht mehr. Wer als Angehöriger die systematische Täuschung eines Todgeweihten aus der Nähe erlebt hat, wird zeitlebens ein schwieriger Patient sein." (15)

Sehr beachtlich sind die Ausführungen von Miller, der als katholischer Theologe spricht. Er bringt wertvolle Beispiele und zieht daraus die Folgerung, daß der

---

[13] Das ist ein Fall von § 14!

[14] gegen Perret Med.Klin.59, 138.

[15] Nach einer Anmerkung von Perret hat Malten Erfahrung mit Kreislauf- und Stoffwechselkranken. Im übrigen ist die Aufklärung endgültig Todgeweihter ein theologisch-ethisches Problem, aber kaum ein juristisches (die Auskunftspflicht nach § 7 ist praktisch unwichtig).

Arzt sehr oft die Wahrheit verschweigen müsse:

> "Hoffnung und Vertrauen und Zuversicht . . . helfen die Krankheit überwinden; Aussichtslosigkeit auf Besserung . . . kann zum Zusammenbruch aller Kräfte führen. . . . Kann der Arzt mit Grund annehmen, daß die Eröffnung der vollen Wahrheit dem Patienten schaden und dessen Zustand verschlechtern wird, so will der Kranke vom Arzt implicite selbst eine schonende, seinen Genesungswillen nicht hemmende Aussage."

Wenn der Arzt gefragt werde, dürfe er zwar nicht direkt lügen, wohl aber ausweichen und beschwichtigen. Auch bei endgültig Todgeweihten, wo er die geistliche Vorbereitung auf den Tod ermöglichen müsse, werde er meistens nicht genötigt sein, den wahren Charakter der Krankheit zu nennen oder zu sagen, daß keine Rettung mehr zu erhoffen sei.

Neidhardt kritisiert, daß BGH NJW 56, 1106 den Heilungsanspruch hinter das Recht auf Aufklärung stelle. Der Grad der Fähigkeit des Kranken, die mitgeteilten Fakten sachlich zu verwerten und das Maß seiner Not, der Schwere seiner Krankheit, müsse den Umfang der Aufklärungspflicht bestimmen, nicht die Gefährlichkeit der Behandlung.

> "Hier ist ganz allgemein die Forderung zu stellen, auch in der Rechtsprechung dem Anspruch des Kranken auf wirksame Hilfe den ihm gebührenden Rang einzuräumen und ihm Eröffnungen zu ersparen, die für den weiteren Verlauf seiner Krankheit ungünstig sein müssen. Die moderne Medizin hat auf Grund umfangreicher vergleichender Untersuchungen festgestellt, daß der Erfolg einer Behandlung keineswegs ein naturwissenschaftliches Rechenexempel darstellt, sondern mit dem Glauben des Kranken an die Heilungsschancen, an die Behandlungsmethode und das Können und die Vertrauenswürdigkeit des Arztes in statistisch zu belegender Weise steigt oder fällt. Ein Verzicht auf diese positiven, prognostisch nicht selten entscheidenden Faktoren wäre ein Kunstfehler und ein Verstoß gegen das Gebot 'nil nocere'. Umgekehrt braucht sich der Effekt schockierender Mitteilungen - und eine weitreichende Gefahrenaufklärung kann auch bei taktvoller Handhabung sehr wohl als Schock wirken - keineswegs auf die Stimmungslage des Kranken zu beschränken sondern kann schwerwiegende Reaktionen beispielsweise am Kreislauf und am endokrinen System nach sich ziehen und damit den weiteren Ablauf der Krankheit in fataler Weise beeinflussen."

Neukirch [16] sagte bereits 1932:

> "Wer an einem Magenkarzinom erkrankt ist, mag den Arzt noch so oft fragen, ob die Erkrankung bösartig ist, er wünscht in der Regel im tiefsten Herzen doch keine wahrheitsgetreue Antwort. . . . Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern aber nicht ein brutales Verhalten des Arztes gegenüber dem Kranken sondern im Gegenteil die äußerste Schonung."

---

[16] JW 32, 3329 gegen RG aaO.

Niedermayer zitiert einleitend Goethe:

> "Wofür ich Allah höchlich danke?
> Daß er Leiden und Wissen getrennt.
> Verzweifeln müßte jeder Kranke,
> Das Übel kennend, wie der Arzt es kennt." [17]

Er berichtet von seiner Erfahrung, daß nach Aufklärung die Patienten zunächst von einer Operation Abstand nahmen und später bei Verschlechterung ihres Zustandes unter ungünstigeren Bedingungen doch wieder kamen. Das habe ihn gelehrt, nur noch ganz allgemein zu sagen, auch der einfachste Eingriff könne unglücklich verlaufen. Die Beunruhigung durch die Aufklärung sei eher als Kunstfehler zu werten und setze den Arzt der Gefahr aus, deswegen belangt zu werden. Er selbst sei einmal von den Hinterbliebenen eines Operationsverweigerers verklagt worden, weil er nicht unmittelbar nach dem Unfall das Unfalltrauma ausgenutzt habe, um die Einwilligung zu bekommen.

Perret nennt die Aufklärung eine Kunst, in der man auf Vermutungen angewiesen sei. Sie müsse vom Arzt in jedem Einzelfall neu gestaltet werden [18]

> "In ärztlicher Betrachtung kann es keinen Zweifel geben, daß man dem Kranken gegenüber nicht von Krebs spricht. . . . Es gibt einzelne Persönlichkeiten, die . . . eine volle Aufklärung vertragen würden, aber das sind absolute Ausnahmen. . . . Hat der Kranke sein Todesurteil gehört, dann folgt daraus nicht - wie es der Richter vermutet - eine Herabdrückung seiner Stimmung oder seines Allgemeinbefindens. Daraus resultieren nach ärztlicher Erfahrung Furcht, Sorge, Grauen, Entsetzen, Schreck, Beklemmung, vor allem Angst. Das ist alles mehr als eine gedrückte Stimmungslage, wofür auch der hohe Anteil unheilbar Erkrankter unter den Selbstmördern spricht." [19]

Auch Perret weist am Ende auf das "menschlich verständliche" Bestreben hin, einen "Schuldigen" für den Schicksalsschlag zu finden.

Roemer meint, der Arztvertrag beinhalte in erster Linie die Hilfeleistung und die Aufklärung nur dann, wenn sie der Patient ausdrücklich verlange (Schriftenreihe S.5). Dieser erwarte "nicht eine Wahrheit, sondern Heilung". Der Arzt, der den suggestiv-therapeutischen Wert seiner Worte kenne, müsse jedes Wort "wie ein spezifisches, vorsichtig zu dosierendes Medikament" handhaben (aaO S.7). Bei fast allen lebensbedrohlichen Krankheiten beeinträchtige die Offenbarung der Diagnose regelmäßig den Zustand des Kranken wesentlich. Bei Krebs gelte:

---

[17] West-östlicher Diwan, Buch Hikmet Nameh. Bemerkenswert, daß der Jurist Goethe und nicht der Arzt Schiller diese Verse schrieb.
[18] Arzthaftpflicht S.17.
[19] Med.Klin.59, 138.

> "Ganz abgesehen davon, daß immer wieder Krebskranke, die ihre Diagnose erfahren, Selbstmord begehen, bedeutet im Bewußtsein der Kranken . . . die Diagnose Krebs das Todesurteil. Hier irrt der BGH, wenn er unterstellt, das Bewußtwerden der Schwere der Erkrankung erleichtere dem Kranken die Entscheidung und stärke seinen Gesundungswillen [20]. . . . Die Vorstellung, die ärztliche Kunst erreiche bestenfalls eine kurze, qualvolle Lebensverlängerung, aber keine Heilung, führt zum Fatalismus, zur Hoffnungslosigkeit und Verzweiflung und untergräbt den Gesundungswillen und die notwendige Widerstandskraft. Es gibt einen Tod aus Hoffnungslosigkeit (Jores) [21] selbst da, wo die körperliche Krankheit eine günstige Prognose erwarten läßt." (JZ 60, 137)

Weiter heißt es bei Roemer:

> "Daß der Patient die ungünstige Diagnose nicht wissen will, ist nicht nur eine ärztliche, sondern auch eine psychologische Erfahrung. Die Tiefenpsychologie lehrt uns, daß unangenehme Einsichten und Erlebnisse verdrängt und bagatellisiert werden und wir erleben es regelmäßig, daß der Arzt als Krebspatient selbst die unmißverständlichsten Symptome seiner Krankheit, an denen er sein Leiden erkennen könnte, mißdeutet und sich mit innerer Bereitwilligkeit über den wahren Sachverhalt täuschen läßt. Diese Art der Selbsttäuschung ist eine natürliche Schutzmaßnahme und biologische Notwendigkeit." (aaO S.9).

Nach ärztlicher Ansicht müsse der Arzt nur soweit aufklären, als es mit dem Ziel der Heilung vereinbar sei. Der Patient habe das Recht und die Pflicht, weitgehendere Informationen zu verlangen (aaO S.11).

> "Der Kranke will beraten und nicht aufgeklärt sein. . . . Gerade der Schwerkranke sucht im Arzt die Autorität, die ihm sowohl die Last des Leidens als die Last der Entscheidung abnimmt. Wir können weder akzeptieren noch einsehen, daß eine Einwilligung unter solchen Voraussetzungen nicht rechtsgültig sein soll, denn es kann ja gar keine Rede davon sein, daß der Kranke bei dieser Art der Einwilligung zu einem Eingriff wider seinen Willen gezwungen wird. Ganz allgemein ausgedrückt: nicht der Arzt wünscht eine bestimmte Behandlung an einem Kranken durchzuführen und sucht ihn dazu zu überreden, sondern der Kranke sucht den Arzt auf mit dem ausdrücklichen Wunsche, von ihm nach bestem Vermögen behandelt zu werden." (aaO S.13).

Nur in ganz extremen Ausnahmefällen entscheide der Patient gegen den natürlichen Lebenswillen. Die nachträgliche Versicherung, man hätte bei Aufklärung die Behandlung abgelehnt, sei deshalb im allgemeinen unglaubwürdig. Geklagt würde vielmehr in erster Linie von solchen Menschen, die für ihr persönliches Schicksal andere verantwortlich machten, daneben von Verhetzten, Uneinsichtigen, Querulanten und Profitgierigen. (aaO S.18/19).

---

[20] so tatsächlich BGHZ 29, 184.
[21] Vgl. dazu Med.Klin.59, 237.

Ruffin beklagt im Anschluß an BGH NJW 56, 1106 die "Verrechtlichung" des öffentlichen und privaten Lebens. Werde in der Öffentlichkeit weiter das Mißtrauen gegen ärztliche Maßnahmen genährt und von den Gerichten ein "formalistischer Maßstab" angelegt, dann bleibe den Ärzten aus Gründen der "Selbsterhaltung" nichts anderes übrig, als regelmäßig eine Entmündigung herbeizuführen, auch wenn darüber "die wertvollste Zeit zur Therapie verstreichen könne".

Scheicher gibt praktisch wichtige Hinweise zur Aufklärung bei Kropfkranken.

> "Aus meiner langjährigen Erfahrung kann ich nur sagen, jede Aufklärung über die mit einem Eingriff verbundenen möglichen Gefahren bringt für den Kranken eine ganz schwere Belastung und in vielen Fällen ernsten Schaden. Wenn wir in Sorge sind, dem Patienten durch unsere Aufklärung zu schaden, dann verbietet es die ärztliche Ethik, mehr zu sagen. Denn unser Grundgesetz ist das Wohl des Kranken.
>
> Der größte Irrtum, auf dem das juristische Gebäude der Aufklärungspflicht aufgebaut ist, ist die grundsätzlich falsche Vorstellung, daß man einen Menschen so unterrichten und aufklären kann, daß er in der Lage wäre, abzuwägen zwischen der Notwendigkeit einer Behandlung und den damit verbundenen Gefahren, um dann selbst zu entscheiden, was mit ihm geschehen darf. Das kann nicht einmal ein erfahrener Arzt, wenn es um seine eigene Haut geht."

Eb.Schmidt meint hinsichtlich der Aufklärung über den Befund [22]:

> "Ein Verzicht wird nur dann unbedenklich sein, wenn die Kundgebung der Wahrheit eine erheblich nachteilige Wirkung auf Operation und Heilungsablauf besorgen läßt, wenn überdies die Notwendigkeit der Operation über jeden Zweifel erhaben ist und der Arzt endlich keinen Grund zu der Annahme hat, daß der Patient sich ihm bei voller Kenntnis . . . nicht anvertraut haben würde."

Allgemein sagt er [23]:

> "Wenn schwere Gefahren für Leben und Gesundheit des Patienten drohen, ein erfolgversprechender Eingriff dringend angezeigt ist, seine Möglichkeit und Wirksamkeit aber gerade dadurch ernstlich aufs Spiel gesetzt werden würde, daß sich der Arzt zunächst erst einmal um die Einwilligung des Patienten bemüht, dann, aber auch nur dann ist die Lage so, daß vernünftigerweise das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unberücksichtigt bleiben darf." ("Fall des übergesetzlichen Notstands").

Schwalm schlägt in MDR 60, 724 als Grenze der Aufklärungspflicht eine Komplikationsdichte von 10% vor, gerät dabei aber in Widerspruch mit seiner eigenen Definition aaO, wonach "mögliche typische Folgen" diejenigen Komplikationen

---

[22] in Ponsold S.40/43; ebenso Arzt im Strafrecht S.106.
[23] in Ponsold S.43; ähnlich Arzt im Strafrecht S.114.

seien, die "nicht nur in äußerst seltenen . . . Ausnahmefällen eintreten". [24] Die Einwilligung in eine nach Art und Tragweite hinreichend dargelegte Behandlung hält er in der Regel für einen Aufklärungsverzicht hinsichtlich des Befundes (aaO S.725). Im übrigen sei ein Aufklärungsverzicht bei einem besonderen Vertrauensverhältnis (Schriftenreihe S.30) oder lebensgefährlicher Erkrankung (aaO S.39/40) möglich. Bei Krebskranken schlägt Schwalm eine Prüfung vor, ob nicht das Verschweigen des Befundes und bestimmter Behandlungsfolgen durch "gewohnheitsrechtlich begründete soziale Adäquanz" gerechtfertigt sein könne (MDR 60, 725 und Schriftenreihe S.42). Bei anderen lebensgefährlich Erkrankten - die er aaO S.34 in vier bzw. acht Gruppen unterteilt (!) - läßt er die Berufung auf übergesetzlichen Notstand zu, soweit die nahe Gefahr des Todes für nicht unwesentliche Zeit abgewendet werden könne, bei Aufklärung ein seelischer Zusammenbruch zu befürchten und die mutmaßliche Einwilligung anzunehmen sei. (aaO S.42) [25].

Nach Seele verkennt die Rechtsprechung die drohenden Nebenwirkungen der Aufklärung. Den Genesungswillen zu wecken und alles zu unterlassen, was ihn gefährden könnte, sei oberste Aufgabe des Arztes.

> "Zu welch unerträglicher Unruhe die neuerliche Rechtsprechung bereits geführt hat, zeigt ein Gespräch, das ich kürzlich mit einem angesehenen Krankenhaus-Chefarzt hatte: Er habe entsprechend den Forderungen neuerer Rechtsprechung in letzter Zeit entgegen früherer Übung versucht, mit Kranken seine geplanten Maßnahmen zu besprechen. Er habe die Leidenden damit derart schockiert, daß er sie zum Teil gar nicht in die Narkose bekommen hätte. Unter diesen Umständen sei es vielleicht humaner, von Hilfsversuchen abzusehen und die Leidenden ihrem nunmehr sicheren Schicksal zu überlassen."

---

[24] Die Schwere der Krankheit und eines Schadens berücksichtigt Schwalm hier noch nicht. In Schriftenreihe S.25 fügt er dann hinzu, dieser Prozentsatz sollte nur bei "geringer Bedeutung des Behandlungszweckes" unterschritten werden.

[25] Schwalm hat sich von juristischer Seite bisher am ausführlichsten mit der Aufklärungspflicht beschäftigt. In einer ersten Kritik sei deshalb bereits jetzt festgehalten, daß ohne Trennung der Aufklärungsgründe (vgl. dazu noch aaO S.43) auch die Grenzen der Aufklärungspflicht nicht gefunden werden können. Der übergesetzliche Notstand wird noch enger als von der Rechtsprechung gesehen. Ich vermag nicht zu erkennen, warum außer dem seelischen Zusammenbruch keine sonstige Gesundheitsgefahr genügen soll, warum der Arzt mit der Behandlung warten soll, bis der Tod nahegerückt ist (und die Behandlungsaussichten folgerichtig schlechter sind) und warum ferner nicht der Arzt auch eine unwesentliche Lebensverlängerung (was heißt überhaupt "wesentlich"?) wagen darf, wenn der mutmaßliche Wille des Patienten dafür spricht. Außerdem ist aber jeder Rechtfertigungsgrund solange unbrauchbar, als dem Arzt der Beweis für den seelischen Zusammenbruch (oder sonstigen Schaden) im Einzelfall aufgebürdet wird (so aber Schwalm aaO S.42). Insgesamt vermißt man bei Schwalm in entscheidenden Punkten das Verständnis vor allem für die praktischen Fragen.

Seele selbst hält die Frage der Aufklärung für injustitiabel:

> "Der Arzt ist ein Künstler. Sein schöpferisches Einfühlungsvermögen in den Einzelfall, seine Entscheidung, was am besten zu geschehen habe und was am besten zu geschehen habe und was demgemäß mit dem Kranken zu erörtern sei, entziehen sich rechtlicher Wertung. Wer sich in ärztliche Behandlung begibt und Hilfe sucht, begibt sich in die Hände eines Fachkenners, von dem er erwartet, daß er alles tut, was geschehen kann, um ihm Hilfe zu bringen. Mit der Bitte um Behandlung ist die Einwilligung in die Maßnahmen verknüpft, die der Arzt bei Abwägung alles Für und Wider für erforderlich erachtet. ... Gegen Mißbrauch . . . schützt hinreichend, daß die Zustimmung nur gilt und gelten kann für das ärztliche Handeln, das dem Fall angepaßt ist."

Stauder nennt BGH NJW 56, 1106 "lebensfremd und unärztlich". Eine allgemeine Anwendung der dortigen Grundsätze müsse zu "unübersehbaren Komplikationen" führen. Nur der Arzt könne über das Maß der Aufklärung im Einzelfall entscheiden. Durch Aufzählung der Risiken würde er "praktisch abraten", obwohl er den Eingriff für notwendig halte.

Steindorff glaubt, der Patient könne bei schwerer Erkrankung aus psychischen und intellektuellen Gründen nicht sachgemäß entscheiden. Die Rechtsprechung sei ferner widerspruchsvoll, wenn sie gerade bei schwerer Erkrankung ein Verschweigen der Diagnose zulasse, denn dort sie die Bedeutung der Selbstbestimmung am größten. Der Wandel der Tatbestandssicht sollte auch Anlaß zu der Frage geben, ob nicht die Anforderungen an die Aufklärung überspannt worden seien. Im übrigen sei die Wertung des normalen ärztlichen Eingriffs unter deliktsrechtlichen Gesuchtspunkten eine nicht weiter begründbare Prämisse. Im Vertrag sei die Hilfeleistung das essentiale negotii. Die Aufklärung entfalle deshalb dort, sobald sie dem Wohl des Kranken schaden könnte. Ein Vertrag über die Hilfeleistung allein komme in diesen Fällen nur dann nicht zustande, wenn der Patient die Aufklärung ausdrücklich zu einem Vertragspunkt mache (§ 154 I BGB). Der Vertrag begrenze zugleich die Haftung wegen unerlaubter Handlung. Soweit BGHZ 29, 53 eine Abweichung im Vertrag nicht zulasse, werde verkannt, daß im Vertrag der Zweck dominiere, zu dem über Rechte und Rechtsgüter verfügt werde und nicht der einseitige Schutz dieser Güter. Die Rechtsordnung müsse zugunsten des Arztes die Vertragsfreiheit respektieren, die ihm ein Handeln nach seinem Berufsethos ermögliche. Die Aufklärungspflicht bleibe demnach solange bestehen, als sie unschädlich sei oder ausdrücklich verlangt werde. Diese Lösung sei auch gerecht:

> "Mir scheint, daß man im Verhältnis zwischen Arzt und Patient den Patienten nicht von jeder Last zu entbinden braucht. Sollten wir von

> dem Kranken, dessen Entscheidungsfreiheit der BGH gewahrt sehen will, nicht wenigstens ein Zeichen dafür verlangen können, daß er diese Freiheit tatsächlich ausnützen will? Ich kann nicht verstehen, wie einem Patienten Unrecht geschehen soll, wenn er sich nicht einmal die Mühe macht, den Arzt ausdrücklich um uneingeschränkte Aufklärung zu bitten." (JZ 60, 142).

Ziehen hält bei echten Psychosen eine freie Willensbestimmung für ausgeschlossen [26]. Auch er glaubt, daß bis zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters die "therapeutisch optimale Zeit" verstreiche. Der gesetzliche Vertreter werde oft eine relativ uninteressierte, dem Kranken fernstehende Person sein, mit deren Entscheidung der Kranke "nicht gut bedient" sei.

---

[26] Dagegen Göppinger S.75, der im Ergebnis aber weitgehend mit Ziehen übereinstimmt (weshalb sich BGHZ 29, 51 nicht ganz zu Recht auf Göppinger beruft).

§ 9) Die eigene Stellungnahme zum Umfang der Aufklärungspflicht

I. Die grundsätzliche Bejahung der Rechtsprechung

Soweit die Aufklärungspflicht unmittelbar aus dem Verbot eigenmächtigen Handelns folgt (§ 4 IV), ist sie bereits in § 2 III als richtig begründet worden. Die Rechtfertigung der Aufklärungspflicht beim vielleicht aus Irrtum einwilligenden Patienten wurde in § 5 IV vorgenommen.
Aber auch die nähere Ausgestaltung von Inhalt und Form der Aufklärung ist zunächst nicht zu beanstanden. Insbesondere gibt die Statistik - für deren Zuverlässigkeit und Auslegung der medininische Sachverständige in erster Linie die Verantwortung trägt [1] - immerhin ein annäherndes Bild dessen, was der Patient zu erwarten hat. Die gewählten Prozentsätze erscheinen dann als vertretbar, wenn man bedenkt, daß der Arzt ja nicht seine eigene, nach Abwägung des Für und Wider positive Einstellung zum Eingriff zugrundelegen darf, sondern von der bloßen Möglichkeit einer anderen Entscheidung eines vernünftigen Patienten ausgehen muß. Eine schematisierende Betrachtungsweise hat die Rechtsprechung bisher vermieden und stattdessen immer betont, der Einzelfall bestimme Ausmaß und Form der Aufklärung. Es ist darum andererseits auch nicht möglich, dem Arzt eine unfehlbare Formel an die Hand zu geben, mit deren Hilfe alle praktisch auftauchenden Probleme der Aufklärungspflicht gelöst werden könnten. Das schließt aber nicht aus eine nachträgliche Prüfung, ob der Arzt seiner Pflicht genügt hat. Der Arzt muß sein Schweigen verantworten können. Das kann er, wenn er die verschwiegene Tatsache für bekannt oder unwesentlich halten durfte. Die meisten Fälle medizinischer Bedenken gegen die Aufklärung werden im weiteren Verlauf dadurch gelöst, daß der Arzt nach dem erklärten Willen des Patienten Unwesentlichkeit annehmen darf. Darüber hinaus brauchen und können diese Gründe gegen eine Aufklärung dem Arzt nur ausnahmsweise einen anderen Rechtfertigungsgrund anstelle der Einwilligung verschaffen.

II. Die medizinschen Bedenken gegen die einwilligungsschaffende Aufklärung

1. In § 4 IV 2 wurde bereits angedeutet, daß eine Aufklärungspflicht vielleicht dann entfalle, wenn von der Aufklärung gesundheitliche Gefahren ausgehen könnten. Diese Gefahr darf allerdings nicht schon in der Möglichkeit gesehen werden,

---

[1] Daher kritisieren Stauder Med.Klin.55, 168 und Roemer Schriftenreihe S.16 BGH NJW 56, 1106 in diesem Punkt wohl zu Unrecht. Perret Arzthaftpflicht S.16 hält den Weg über die Komplikationsdichte für "absolut gangbar".

daß der Kranke die Behandlung verweigert und dadurch sein Zustand sich verschlimmert bzw. ungebessert bleibt. [2] Um ein solches Ergebnis seiner Aufklärung zu vermeiden, trifft den Arzt eine eigene, entgegengesetzte Aufklärungspflicht (§ 14). Bleibt der Kranke aber bei seiner Weigerung, so ist das sein gutes Recht. Der Arzt ist für die Folgen der Weigerung weder verantwortlich [3] noch ist er berechtigt, gegen oder ohne den Willen des Patienten zu handeln, um sie zu vermeiden. Gemeint sind vielmehr mit gesundheitlicher Gefahr nur die Fälle, wo die Aufklärung über das bloße Unterbleiben der Behandlung hinaus einen selbständigen schädlichen Einfluß auf die körperliche und geistige Verfassung des Patienten ausüben müßte. Dieser Einfluß wird zumeist darin bestehen, daß das Vertrauen in den Erfolg der trotz Aufklärung regelmäßig erfolgenden Behandlung erschüttert wird. Die sehr oft ausschlaggebende Rolle der Zuversicht des Patienten für das Gelingen der Behandlung wird von allen Ärzten übereinstimmend betont. Der Jurist hat kein Recht, diese Feststellung anzuzweifeln. Harmlose sgn. Blindversuche haben die Richtigkeit der Behauptung bewiesen; der Ernst der Sache verbietet es, bei schwerer Leidenden ähnliche Experimente zu wiederholen. In besonderen Lagen kann die Aufklärung ferner die Behandlung selbst erschweren oder zu einem Schock führen, der selbsttätig das Leiden verschlimmern würde.

2. Bedenken der geschilderten Art ergeben sich nun noch kaum bei der Aufklärung über die bestimmte ärztliche Maßnahme. Von dieser Aufklärung wird unmittelbar nur selten eine Gefahr ausgehen. Wohl aber ist denkbar, daß der Patient, weil ihm die Maßnahme zu schwerwiegend erscheint, sie zumindest solange ablehnt, bis ihm - auf Frage oder ungefragt - Grund und Folgen mitgeteilt werden. Dem Arzt, der diese in seinen Augen unheilvolle Reaktion nicht auslösen und deshalb auf Aufklärung verzichten möchte, muß aber entgegengehalten werden, daß er dadurch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ausschaltet und an dessen Stelle über das Ob und die Art der Behandlung entscheidet. Das kann nur in sehr engen Grenzen als zulässig erachtet werden.
Ein entsprechendes Gewohnheitsrecht des Arztes hat die Rechtsprechung bisher - auch bei Krebs - nicht anerkannt; es wird sich deshalb eine dahingehende allgemeine Rechtsüberzeugung nur schwerlich nachweisen lassen [4].
Aber auch der von Steindorff gewiesene Weg führt hier noch nicht weiter. Sicher kann der Patient die medizinisch richtige Maßnahme nicht bestimmen und ebenso

---

[2] wie hier Engisch Fehler u. Gefahren S.1528 und BGHZ 29, 55.
[3] RGZ 151, 355.
[4] Zweifelnd auch Grünwald Z 73, 34. BGHZ 29, 185/86 bezeichnet eine gegenteilige ärztliche Übung als mißbräuchlich.

sicher will er (zumeist) geheilt werden. Das bedeutet aber noch nicht, daß er sich seines Einwilligungsrechtes begeben hat. Ein Verzicht des Patienten auf Aufklärung wäre hier gleichbedeutend mit einer Generaleinwilligung in alle vom Arzt für nötig oder wünschenswert gehaltene Maßnahmen. Außer in den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen eines besonderen Vertrauensverhältnisses besteht aber kein Anhaltspunkt dafür, daß der Patient nicht mitgeteilt haben will, was mit ihm geschehen soll.

Fehl am Platze sind schließlich die Argumente von Grünwald. Es sollte klar sein, daß die Rechte des Patienten dem Standesethos aller oder vieler Ärzte vorgehen. Wenn festgestellt wird - und die Rechtsprechung glaubt das festgestellt zu haben -, daß diesen Rechten der geringste Abbruch geschieht, dann weicht das Standesethos dem Rechtsschutz des Dritten. Dieses Ethos kann nur bei der Frage rechtliche Bedeutung erlangen, ob das sittliche Empfinden der Öffentlichkeit verletzt wird und deshalb ein auf freiwilliger Vereinbarung beruhendes Verhalten verboten ist oder ob nur ein Teil der Öffentlichkeit Anstoß nimmt, was für ein Verbot nicht ausreichen würde [5].

---

[5] Am besten ist Grünwald an seinen eigenen Beispielen zu widerlegen: Die Frage, ob der Richter den Gebrauch von Empfängnisverhütungsmitteln ablehnen und deshalb ihre Verbreitung erschweren oder verhindern darf, ist grundlegend zu unterscheiden von der Frage, ob der einseitige Gebrauch seitens eines Ehegatten gegen den Willen des anderen zulässig ist. Und das Problem, ob ein katholischer Richter seine Überzeugung von der Unzulässigkeit der Tötung werdenden Lebens gegen einen Arzt verwerten darf, der auf Wunsch einer Schwangeren damit deren Leben rettet, ist weit entfernt von dem anderen, ob der Arzt unter Berufung auf sein Standesethos einer katholischen Schwangeren gegen deren Wunsch durch Schwangerschaftsunterbrechung das Leben retten darf. Gerade um letzteres gaht es hier und auch Grünwald wird wenig gegen den Richter sagen können, der etwa die beharrliche, unbegründete Fortpflanzungsverweigerung seitens eines Ehegatten als ehewidriges Verhalten und Scheidungsschuld i.S. von § 43 EheG bezeichnet und den Arzt bestraft, der unter Vorgabe einer harmlosen Untersuchung ohne Einwilligung der werdenden Mutter abtreibt. Grünwald übersieht, daß in allen von ihm gebrachten Beispielen (zusätzlich noch: Schlägermensur, Rettung des Selbstmörders sowie Geschlechtsverkehr Verlobter) der Richter zu entscheiden hat, ob er seine ethischen Anschauungen als rechtliche Wertung anderen Personen aufdrängen darf, während es hier umgekehrt für ihn gilt, jemand davor zu schützen, daß ihm "in seinem wahren Interesse" (Grünwald aaO S.34) die ethischen Anschauungen eines Dritten aufgedrängt werden. Im ersten Fall ist G. recht zu geben, daß der Richter bei abweichenden Meinungen nicht seine bevorzugen darf, im zweiten Fall sind abweichende Meinungen gerade der Grund, der richtigerweise zum rechtlichen Gebot bzw. Verbot führen muß. G. möchte hier dem Arzt ein Recht einräumen, das er dem Richter versagt: die Anwendung der eigenen, ernsthaften und auf beachtliche Gründe gestützten Überzeugung. Erst wenn eine Übereinstimmung in den Anschauungen von Arzt und Patient festgestellt ist, kann - wenn das noch nötig sein sollte - das Standesethos gewürdigt werden. Die Rechtsprechung hat aber bisher nie unter Berufung auf sittliche Gebote gesagt, der Arzt dürfe selbst dann nicht auf die Aufklärung verzichten, wenn der Patient dem zustimme. Sie sieht,

Es verbleibt noch der übergesetzliche Notstand. Der von manchen gewählte Vergleich mit den Fällen der Bewußtlosigkeit scheint zunächst daran zu scheitern, daß der Patient wenigstens gefragt werden könnte, ob er dem Arzt die Bestimmung überlassen wolle [6]. Diese Frage, die auf die Erreichung einer Generaleinwilligung hinausliefe, verbietet sich aber deshalb, weil ein solches ungewöhnliches Verlangen näherer Begründung bedürfte und bereits dadurch die Beunruhigung an den Patienten herangetragen würde. Der gleiche Gedanke muß auch mitberücksichtigt werden bei der Überlegung, ob die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstands vorliegen. Dieser Rechtfertigungsgrund setzt bekanntlich voraus, daß ein höherwertiges Rechtsgut auf Kosten eines geringerwertigen geschützt wird. Der Wertmaßstab soll dabei nach RGSt 61, 255 aus dem Gesetz, vor allem dem Strafrahmen, entnommen werden. In der selben Entscheidung wurde aber zusätzlich noch gefordert, daß der Träger des höherwertigen Gutes (damals: Leben der Schwangeren) seinen Schutz auch selber wünscht (aaO S.256). In gleicher Richtung wirkt, daß hier sowohl das zu schützende Rechtsgut (Gesundheit) als auch das zu verletzende (körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit) in einer Person zusammenfallen. Dadurch scheidet eine abstrakte Bestimmung des höherwertigen Gutes aus, diese Bestimmung obliegt allein dem Rechtsgutträger [7]. Da aber gegen eine direkte Frage nach dem Rangverhältnis die oben genannten Bedenken bestehen, muß das Gesamtverhalten des Patienten gewürdigt werden. Die Behandlung ohne Einwilligung darf dann erfolgen, wenn der Kranke sein Behandlungsinteresse bekundet hat und nicht fragt, was der Arzt genau zu tun gedenke. Hat der Patient dagegen den Arzt nur aufgesucht, um sich zunächst einmal untersuchen und beraten zu lassen (z.B. darüber, wen er gegebenenfalls mit der Behandlung betrauen solle), dann darf der Arzt nicht stillschweigend die Behandlung vornehmen. Gleiches gilt, wenn der Patient die Frage nach der Behandlungsart stellt, denn damit gibt er zu erkennen, daß er selber entscheiden, d.h. unter Umständen auch ablehnen will. Die Annahme einer Geringerwertung dieses Rechts zur Ablehnung gegenüber dem Behandlungswunsch ist dann

---

wie noch zu zeigen sein wird, lediglich diese Möglichkeit zu eng. Da sich G. aber ebenfalls nicht um den Beweis dieser Übereinstimmung bemüht - das Wort Aufklärungsverzicht kommt in seiner Arbeit nicht vor - stehen seine Ausführungen im luftleeren Raum.

[6] Diesen Vorschlag macht allgemein OLG Stuttgart NJW 58, 263.

[7] ähnlich Schwalm Schriftenreihe S.41. Wäre es anders und würde in bestimmtem Umfang der Nutzen der Behandlung stets höher bewertet, so wäre damit das Selbstbestimmungsrecht entscheidend durchbrochen und z.B. in RGSt 25, 375 der Arzt heute durch übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt. In Wirklichkeit kann die Aufklärung aber nur bei dem Patienten unterbleiben, der seiner Gesundheit gegenüber seiner Entscheidungsfreiheit ersichtlich den Vorzug gibt.

nicht mehr erlaubt [8].
In § 3 I wurde ferner gefordert, daß der Arzt anstelle des verhinderten Kranken nach Möglichkeit nahe Angehörige über den mutmaßlichen Willen des Kranken befragt. Eine Übernahme dieses Grundsatzes erscheint berechtigt und wird deshalb zusätzlich befürwortet [9]. Stellt der Patient nähere Fragen, ist sein Behandlungsinteresse unsicher oder läßt die Befragung der Angehörigen für Zweifel Raum, dann kann der Arzt also nicht auf Aufklärung verzichten, wenn er nicht auch auf die Behandlung verzichten will, was er nicht stets darf.

Die Schmälerung des Selbstbestimmungsrechts ist überdies nur dann vertretbar, wenn die Behandlung zur Abwehr schwerster gesundheitlicher Gefahr unbedingt notwendig und die Gefahr, die durch die Aufklärung entstehen könnte, ähnlich bedeutend ist. Fehlt es nach eingehender Untersuchung (subjektives Rechtfertigungselement) an dieser Notwendigkeit, erscheint die Behandlung stattdessen nur als wünschenswert oder nützlich, dann muß vor einer Behandlung aufgeklärt werden, ebenso bei Aufklärungsgefahren geringeren Ausmaßes. Dabei sind aber zwei wichtige Anmerkungen zu machen: 'Notwendig' darf nicht im Sinne von § 3 I als 'dringlich', 'keinen Aufschub duldend' verstanden werden, denn gegen die Aufklärung sprechen vermutlich zu jeder Zeit die gleichen Gründe. Und den Nachweis, daß gerade bei dem bestimmten Patienten schwere gesundheitliche Störungen bestimmter Art eingetreten wären, kann der Arzt nicht führen [10]. Hier muß die infolge der bisherigen ärztlichen Praxis bei schweren Krankheiten statistisch eigentlich überhaupt nicht erhärtete, dennoch aber glaubhafte Aussage genügen, wonach im allgemeinen - ohne die Möglichkeit völlig genauer Vorhersage im Einzelfall - mit einer derartigen äußerst ungünstigen Beeinflussung des Krankheitsverlaufs zu rechnen ist [11]. Praktisch führen hier die Ärzte vor allem die Krebserkrankung an, doch sind auch andere Fälle denkbar, wo der Arzt annehmen darf, der Patient wünsche an sich die medizinisch unbedingt erforderliche Behandlung, würde sie aber bei Nennung zunächst erschreckt verweigern

---

[8] Nicht ernsthafte Fragen darf der Arzt beschwichtigend übergehen, sollte aber das Risiko eines späteren Beweises der 'Nichternsthaftigkeit' bedenken. Den geplanten Eingriff ableugnen oder einen anderen fälschlich behaupten darf der Arzt nicht, denn das wäre eine Täuschung. Einen Rechtfertigungsgrund, dessen Voraussetzungen vorsätzlich geschaffen wurden, gibt es nicht (vgl. § 3 II). Das beträfe auch eine Täuschung, durch die das Behandlungsinteresse geweckt würde.

[9] Vgl. BGHZ 29, 52 und BGHZ 29, 185 sowie BGH VersR 56, 408. Ablehnend Grünwald Z 73, 28.

[10] Vgl. Roemer Schriftenreihe S. 8/9.

[11] so auch Grünwald Z 73, 41.

und durch die dann nötig werdende Bekanntgabe der Gründe so betroffen, daß ihm ein schwerer Schaden zugefügt würde [12].
In diesem engen Rahmen wäre dann ausnahmsweise ein Absehen von der einwilligungsschaffenden Aufklärung erlaubt. Der Arzt hat aber selbstverständlich auch immer das Recht zu dieser Aufklärung, die dem Patienten erst die Entscheidungsmöglichkeit gibt, zumal sie, für sich betrachtet, weitgehend ungefährlich ist [13].

III. Die medizinischen Bedenken gegen die vielleicht einwilligungshindernde Aufklärung

1. Sobald dem Patienten die Aufklärung über die Art und den Umfang der Behandlung zuteil geworden ist, kann und wird er entscheiden. Lehnt er rundweg ab oder macht er Vorbehalte, d.h., knüpft er seine Einwilligung an Bedingungen, dann muß der Arzt trotz medizinischer Bedenken u.U. aufklären, um die Einwilligung zu erhalten. Hier interessiert aber nur die Aufklärung zur Förderung der besseren Selbstbestimmung, die wie die Aufklärung zur unmittelbaren Wahrung des Selbstbestimmungsrechts ausschließlich dem Ablehnungsrecht des Patienten dient, also dem Fall, daß der Patient bei richtiger und vollständiger Überlegung dem ärztlichen Rat zur Behandlung eigentlich nicht folgen möchte. Die Frage ist hier demnach die, ob der Arzt den einwilligenden bzw. einwilligungsbereiten Patienten auch bei Gefahr für dessen Gesundheit aufzuklären hat, inwiefern er auch dann die Einwilligung vielleicht rückgängig machen bzw. von vorneherein verhindern muß.

2. Mit einer 'Erst recht' -Logik gelangt man zunächst zur Anwendbarkeit des übergesetzlichen Notstandes unter der oben kennengelernten Voraussetzung schwerster Gefahr sowohl durch die Aufklärung wie durch die Nichtbehandlung. Es ist aber m.E. nicht nötig und auch nicht richtig, dabei stehen zu bleiben. In Ziffer II sah sich der Jurist der Tatsache gegenüber, daß die Einwilligung des Patienten fehlt; hier liegt sie ebenso unbestreitbar vor und es ist nun lediglich eine Frage der juristischen Wertung, ob man sie als ausreichend, d.h. als rechtswirksam ansehen will oder nicht. Das übliche Bestreben, nach einem Rechtfertigungsgrund außerhalb der Einwilligung zu suchen, nachdem man ihr

---

[12] einige Beispiele bringt Roemer Schriftenreihe S.8.
[13] Persönlich möchte ich sogar abraten, diesen gefährlich engen Rechtfertigungsgrund zu gebrauchen. (Auch Göppinger S.84 meint, eine Aufklärung über die geplante Behandlung selbst habe stets zu erfolgen).

zuerst die rechtfertigende Kraft versagt hat, erscheint bereits im Gedankenansatz bedenklich, jedenfalls aber nicht ohne weiteres naheliegend und einleuchtend [14].

3. Die eigene Lösung benutzt die Einwilligung. Von ihr wissen wir bereits, daß sie im Falle eines Aufklärungsverzichts auch dann rechtswirksam ist, wenn der Patient bei ihrer Abgabe irrtümliche Vorstellungen über die Behandlung hatte und ohne Irrtum vielleicht nicht eingewilligt hätte. Den Grund fanden wir in der vorherigen Willensbekundung des Patienten, er mache sein 'Ja' zur Behandlung nicht von einem vollständigen oder zumindest besseren Wissen um sie abhängig und die Aufklärung sei deshalb für seinen Entschluß unmaßgeblich. 'Willensbekundung' bedeutete dabei den nach außen sichtbaren, erklärten Willen, der sich mit dem wahren Willen nicht zu decken braucht.
Die Rechtsprechung ist nun bei der Auslegung des Patientenverhaltens trotz theoretischer Anerkennung dieser Möglichkeit praktisch noch nicht zur Bejahung eines Aufklärungsverzichts gelangt, weil sie von der Annahme ausgeht, ein Aufklärungsverzicht liege nur vor, wenn der Patient aus Vertrauen zum Arzt diesem die Entscheidung überlassen wolle und ein solcher Wille sei höchstens ausnahmsweise in Betracht zu ziehen. Dabei wird zunächst offenbar der Unterschied zu einem Aufklärungsverzicht (= Generaleinwilligung) in Ziffer II übersehen: Dem Arzt wird hier vom Patienten keineswegs erlaubt, über das Ob und die Art der Behandlung zu entscheiden. Diese Entscheidung trifft der Patient vielmehr selbst und zwar in positivem Sinne. Nichts wird also hier dem Arzt überlassen, alles wird selbst bestimmt. Zweitens aber wird von der Rechtsprechung nur darauf geachtet, ob der Patient unmittelbar zum Ausdruck brachte, er wolle auf Aufklärung verzichten. Da der Patient aber regelmäßig alle beunruhigenden Gedanken instinktiv ablehnt und von sich schiebt (Roemer: biologischer Selbstschutz),

---

[14] Es ist m.E. der große methodische Fehler fast aller bisherigen juristischen Ausführungen zum Problem, daß sie nach Gegeninteressen suchen, um in diesem Fall eine Pflichtenkollission anzunehmen (zuletzt Arthur Kaufmann JZ 61, 513). Zunächst wäre bei medizinischen Bedenken gegen eine Aufklärung des einwilligenden Patienten doch wohl zu fragen, ob der Patient überhaupt ein Interesse an der u.U. schädlichen Aufklärung hat, ob mit anderen Worten nicht das Erstinteresse entfällt. Das Interesse ist dabei wieder - wie stets - nicht rein objektiv zu bestimmen, sondern subjektiv. Läßt sich kein Interesse des Patienten an der Aufklärung feststellen, dann besteht auch kein Pflichtenwiderstreit. Nur dadurch, daß man dem Patienten ein unbedingtes Aufklärungsinteresse zudiktiert, kommt man dazu, "nach Maßgabe des objektiven Sittengesetzes" (Kaufmann aaO) einen übergesetzlichen Notstand zu suchen. Dabei handelt es sich um typisch strafrechtliche Gedankengänge!

kann er einen bewußten Verzicht in dieser Weise kaum jemals aussprechen.

Damit darf aber die Prüfung noch nicht beendet sein, denn ebenso klar ist, daß der einwilligende Patient auch nicht etwa umgekehrt ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, die Aufklärung zu wollen. Wollte er sie nämlich, dann würde er Fragen stellen, Vorbehalte machen, mit anderen Worten: eben noch nicht endgültig einwilligen. So aber bezieht sich die einzige Erklärung, die der Patient tatsächlich abgibt, auf seine Krankheit und die Möglichkeit, ihr zu begegnen. Dieser alleinige Inhalt der Einwilligung muß bei der Auslegung des Patientenverhaltens mitberücksichtigt werden. Der Patient willigt deshalb in die Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit durch eine bestimmte ärztliche Maßnahme ein, weil er sich eine gesundheitliche Besserung von ihr erhofft. Seine Einwilligung gilt auch nur für eine indizierte Maßnahme, also eine solche, bei der nach medizinischer Erfahrung eine so günstige Wirkung zu erwarten ist, daß dadurch die Verletzung objektiv als von untergeordneter Bedeutung erscheint. Diese heilsame Maßnahme möchte der Patient durchgeführt wissen und zwar selbstverständlich nach den Gesetzen der ärztlichen Kunst, d.h. in der medizinisch bestmöglichen Weise. In seinem Wunsche nach der bestimmten Behandlung ist darum zugleich eingeschlossen das Verlangen, der Arzt solle alles unterlassen, was den Behandlungserfolg gefährden könnte, nicht kunstgerecht wäre.

Nicht kunstgerecht wäre aber, wie der Arzt weiß, nicht nur z.B. die Verwendung unsteriler Instrumente, sondern genau so eine Aufklärung, die das Vertrauen des Patienten und seinen Glauben an einen guten Ausgang der Behandlung erschüttern würde. Nicht kunstgerecht wäre ferner eine Aufklärung, die die Behandlung selbst erschweren würde und vor allem auch eine Aufklärung, die den Patienten zu einer irrtümlichen Verweigerung der Behandlung veranlassen würde, wenn die Beseitigung dieses Irrtums ihrerseits schädlich sein könnte. Der Patient hat also mit der vorbehaltlosen Einwilligung in eine bestimmte Behandlung immer dann auf Aufklärung verzichtet, wenn die Aufklärung den Behandlungserfolg, ganz gleich in welchem Maße, gefährden könnte [15,16].

---

[15] Der Nachweis eines konkreten Schadeneintritts ist wieder unmöglich und deshalb nicht nötig, wenn allgemeine Erfahrung auf die Schädlichkeit hinweist. Unerlaubt wäre eine Täuschung, mit der die Einwilligung erlangt würde, z.B. die wahrheitswidrige Angabe, die Behandlung sei vollkommen ungefährlich.

[16] Die allgemein gehaltene Behauptung des BGH, der Patient wolle regelmäßig sich selbst ein Bild von seiner Lage machen (BGHZ 29, 46), ist beim selbst bestimmenden = einwilligenden Patienten bereits bei der nicht auszuschließenden Gefahr leichter und behebbarer Schäden durch nichts zu begründen. Bei der sicheren Voraussicht ernster und nicht behebbarer Schäden wird diese Unterstellung vollends zur Groteske. Der Arzt braucht hier wie dort nicht die

Es kann sein, daß der Patient das mit seiner Einwilligung nicht sagen wollte. Er hat es aber gesagt, denn außer seinem Heilwillen ist von ihm nichts zum Ausdruck gebracht worden und es besteht in seinem Verhalten kein Anhaltspunkt dafür, daß er die Aufklärung will, um vielleicht doch die Behandlung abzulehnen [17]. Wohl aber besteht durch die Einwilligung ein starker Anhaltspunkt dafür, daß er die Behandlung tatsächlich - mit oder ohne Aufklärung - will und wenn er sie will, dann sicher in der Form, die ihm die besten Behandlungsaussichten eröffnet. Der Patient muß also die den Behandlungserfolg möglicherweise beeinträchtigende Aufklärung vom Arzt eigens fordern. Willigt er ein, ohne zu fragen, dann braucht der Arzt nicht aufzuklären, ja er darf es nicht einmal (§ 15).

4. Allerdings könnte auch nach Feststellung eines erklärten Aufklärungsverzichts noch bezweifelt werden, ob sich der Arzt auf die in dieser Weise abgegebene Einwilligung stützen darf oder ob er nicht gehalten ist, gegen den erklärten Willen des Patienten aufzuklären, um dessen bessere Selbstbestimmung herbeizuführen. In rechtlicher Sicht liefe das auf die Behauptung hinaus, das Gebrauchmachen von der Einwilligung sei unerlaubt, weil die Behandlung ohne Aufklärung gegen die guten Sitten verstosse (§ 226a StGB). Obwohl die juristische Beweisführung den Vertretern einer solchen Ansicht obliegen würde, soll darauf folgendes erwidert werden:
Genau so falsch wie eine ständige abstrakte Höherbewertung des Gesundheitsinteresses wäre auch eine vom Patientenwillen unabhängige, höhere Einstufung der besseren Selbstbestimmung. Die Aufklärung hat keinen absoluten, durch den Willen des Patienten nicht beeinflußbaren Vorrang. Wenn der Patient auf Aufklärung verzichtet, darf ihm eine vielleicht schädliche Aufklärung überhaupt nicht zugemutet werden und eine unschädliche braucht nicht gegeben zu werden. Die rechtliche Möglichkeit eines Verzichts auf die (bessere) Selbstbestimmung ist bisher auch noch nie geleugnet worden.

Bliebe noch der Einwand, der Patient wisse nicht, was er erkläre und der Arzt dürfe sich also nicht an den erklärten Willen halten sondern müsse zu erkunden suchen, ob der erklärte auch dem wahren Willen entspreche. Das letztere ist

---

Genehmigung des Juristen, die Aufklärungserwartung des Patienten unbefriedigt zu lassen, sondern er hat diese Genehmigung längst vom Patienten, der für diesen Fall selbst keine Aufklärung erwartet.

[17] Um es mit den Worten des BGH (NJW 56, 1107) zu sagen: Der Arzt darf das Verhalten des Patienten unter den besonderen Umständen des Falles und unter Berücksichtigung der Anschauungen, die im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschen, so auffassen und auslegen, daß der Patient auf Aufklärung verzichtet habe (ähnliche Formulierung BGHZ 29, 180).

aber zu vermuten. Die heilungsuchenden Patienten, die dem Rat des Arztes nicht unbedingt folgen wollen, sind die kleinere Zahl und geben sich regelmäßig zu erkennen, d.h. sie willigen erst ein, wenn ihnen der Arzt das mitteilt, was sie wissen möchten. Vor allem die viel bemühten Fälle, wo ein Patient triftige Gründe haben kann, selbst eine lebensrettende Behandlung zu verweigern, sind hier kein überzeugendes Argument. Derartige Gründe pflegen dem Patienten bewußt zu sein und werden solange zur Ablehnung der Behandlung führen, bis der Arzt durch Gegengründe überzeugt. Diese Patienten werden allenfalls durch das Unterlassen der Aufklärung nach § 4 IV verletzt [18]. Von den anderen würden auch nach Aufklärung - soweit sie dann noch zu verständiger Überlegung fähig sind - m.E. mindestens 95% einwilligen. Erscheint es schon bedenklich, um der verbleibenden 5% willen die Heilungschancen der großen Mehrheit herabzusetzen, so verstärken sich diese Bedenken noch, wenn man weiterhin in einem praktisch gewählten Beispielsfall von einer Schadensquote von etwa 5% ausgeht, denn dann werden durch die Nichtaufklärung vielleicht 2-3 unter 1000 Patienten wirklich geschädigt. Diese sind an ihrem Unglück noch dazu keineswegs schuldlos. Die selbständige Verantwortung, die in § 5 IV c dem Arzt für die bessere Selbstbestimmung auferlegt wurde, sollte nicht bedeuten, daß den Patienten keine Verantwortung träfe und er ohne Überlegung vielleicht vorschnell einwilligen dürfe. Und wenn aaO ferner gesagt wurde, durch Nichtverlangen verwirke der Patient sein Recht auf Aufklärung nicht, so sollte das nicht heißen, daß er nicht dadurch u.U. erklärt, auf Aufklärung zu verzichten. Auch sollte damit nicht geleugnet werden, daß der Arzt diese in wenigen Fällen vielleicht nachteilige und unerkennbar irrtümliche Einwilligung benutzen darf zugunsten der anderen ihm anvertrauten Patienten, die eine sie beunruhigende und dadurch schädliche Aufklärung weder nach ihrem erklärten noch nach ihrem tatsächlichen Willen wünschen.

5. Als Ergebnis dieses Absatzes läßt sich demnach festhalten: Eine Aufklärung darf immer dann entfallen, wenn der Patient in eine bestimmte ärztliche Maßnahme einwilligt und die Aufklärung nach allgemeiner Erfahrung einen ungünstigen Einfluß auf die Gesundheit, insbesondere die Heilungsaussicht des Patienten haben kann. Rechtlich liegt in allen diesen Fällen bei objektiver Auslegung des Patientenverhaltens ein Aufklärungsverzicht vor, weil die Aufklärung der allein vom Patienten gewünschten bestmöglichen Heilung bzw. Linderung seines Krankheits-

---

[18] Daher nicht überzeugend die Hinweise von BGHZ 29, 54 und von Bockelmann NJW 61, 946.

zustandes durch diese Maßnahme widersprechen würde. Der Arzt handelt auch nicht sittenwidrig, wenn er sich an den erklärten Willen hält und nicht von einem in seltenen Fällen hinter dieser Erklärung stehenden Irrtum ausgeht.

IV. Die Gründe für das Abweichen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft

Die hier gefundene Lösung wurde in dieser Form bisher noch nicht vertreten. Die Gründe dafür sind m.E. in einer zu sehr dem Ausnahmefall und dem Strafrecht verhafteten Betrachtungsweise zu suchen.

1. Die Rechtsprechung erlebt anschaulich immer wieder ungefähr folgenden typischen Fall: Es kommt und klagt ein Patient, der durch die Behandlung Schaden erlitt. Der Richter ist zunächst geneigt, einen Kunstfehler als Ursache anzunehmen. Sämtliche ärztliche Sachverständige erklären aber, ein solcher Fehler sei nicht nachzuweisen und es sei auch keine dahingehende Vermutung (prima-facie-Beweis) zulässig, weil die Statistik ganz allgemein in "soundsoviel Prozent der Fälle" einen Schadenseintritt aufzeige [19]. Aus diesen Bekundungen schließt der Richter auf eine nicht unbeträchtliche, objektive Gefahr der Behandlung, die folgerichtig eben wegen ihrer Unvermeidbarkeit vom wissenden Arzt dem nichtsahnenden Patienten geschildert werden müsse, damit letzterer sich seinen Entschluß nochmals gründlich überlegen könne [20]. Die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht hat ihre heutige Bedeutung jedenfalls nicht zuletzt erlangt durch den häufigen Hinweis der Sachverständigen auf die statistisch erwiesene Gefährlichkeit eines Eingriffs als Anzeichen eines fehlenden Verschuldens.

2. Der Zusammenhang mit dem Problem des Kunstfehlers ist aber auch auf der Seite des Patienten gegeben. Der vom Behandlungsausgang verständlicherweise enttäuschte Patient vermutet nämlich zuerst ebenfalls einen Kunstfehler des Arztes, wobei er nicht selten durch abfällige Äußerungen anderer Ärzte in seiner Meinung bestärkt wird [21]. Deshalb [22] will er Schadenersatz und Schmerzensgeld.

---

[19] Persönlich habe ich den Verdacht, daß zu diesem Zweck früher auch ganz gern mit "nicht bereinigten Statistiken" gearbeitet wurde. Vgl. ferner Wachsmuth, Krankenhausarzt 60, 146, wo das Bemühen deutlich wird, das Gutachten möglichst so abzufassen, daß es den Kollegen in keiner Richtung belastet.

[20] Die Verbindung beider Rechtskreise zeigt deutlich OLG Stuttgart VersR 54, 310.

[21] Vgl. Stich in Langenbeck's Archiv Bd. 273, 398.

[22] Vgl. Roemer JZ 60, 138 und Schriftenreihe S.12. Dabei spielt eine Rolle auch noch das heute vielfach zu beobachtende Rentendenken, die mangelnde Bereitschaft, Unglück als Unglück zu ertragen und nicht mit allen Mitteln einen dafür Haftenden ausfindig zu machen (aus der Praxis spricht Schultz MDR 60, 731/32). Dieses Denken, verbunden mit gesteigerten Erwartungen an die ärzt-

Der Anwalt, den er mit der Weiterverfolgung der Angelegenheit betraut, macht nun auf die Schwierigkeit aufmerksam, dem Arzt einen Kunstfehler nachzuweisen, weil der Jurist hier vom ärztlichen Sachverständigen abhängig sei und dieser den Kunstfehler zumeist verneine. Der Prozeßausgang sei also nicht vorherzusehen, eine Verurteilung sehr unsicher und das Kostenrisiko groß. In Kenntnis der Rechtsprechung fragt der Anwalt seinen Mandanten darum, ob er (genügend) aufgeklärt worden sei. Der Patient verneint und erfährt nun erstmals in seinem Leben, daß er in seinem Selbstbestimmungsrecht verletzt worden sei und die Behandlung eigentlich gar nicht gewollt habe. Mit der Behauptung, falls kein Kunstfehler vorliege, hätte der Kläger über die objektiv vorhandene Gefahr aufgeklärt werden müssen und dann selbstverständlich nicht mehr eingewilligt, wird jetzt die Klage auf zwei Füße gestellt und ohne zusätzliches Kostenrisiko gegen einen Fehlschlag abgesichert. Diese in Kenntnis und unter dem Eindruck des ungünstigen Ausgangs nachträglich abgegebene Erklärung muß aber ganz erheblichen Zweifeln begegnen. Der Patient wird keine besonderen Gründe wissen, weshalb er nach Aufklärung in die - ex ante betrachtet - vorteilhafte Behandlung nicht mehr hätte einwilligen sollen, nachdem er die Behandlung bereits einmal gewollt hatte.

3. Mit dem Hinweis auf den Vorteil der Behandlung ist der entscheidende Einwand berührt worden. Die Tatbestandssicht der Rechtsprechung wird in dieser Arbeit bekanntlich nicht abgelehnt. Das darf aber nicht dazu verleiten, in der ärztlichen Behandlung einseitig nur diesen Tatbestand zu sehen und bei der Untersuchung der Einwilligung die gleichen Maßstäbe wie bei anderen Körperverletzungen anzulegen [23]. Es ist falsch, nur zu fragen, ob der Patient die Verletzung wolle. Schließlich handelt es sich um keine beliebige Körperverletzung sondern um eine kunstgerechte Behandlung, die dem körperlichen und seelischen Wohl des Patienten nützlich zu werden verspricht. Der Verletzte hat ein größeres Interesse an ihr als der Verletzer. Darum gibt allein bei der ärztlichen Behandlung die Einwilligung nicht nur ein Recht sondern u.U. sogar eine Pflicht zur Körperverletzung und kann die Unterlassung der Körperverletzung - so paradox

---

liche Wissenschaft, ist ausschlaggebend für die Zunahme der Arztprozesse und nicht, wie Grünwald Z 73, 43 meint, eine skeptischere Einstellung zum Arzt und zur Medizin. Das Vertrauen zur ärztlichen Kunst ist heute vorher sogar größer, die Enttäuschung nachher darum ebenfalls. Der moderne Mensch ist nicht mehr so geneigt zu glauben, daß gegen den Tod kein Kraut gewachsen ist und macht deshalb leichter als früher den Arzt verantwortlich.

[23] vgl. etwa BGHSt 4, 90

es klingt - gleichfalls als Körperverletzung strafbar sein [24]. Vor allem aber wird als Körperverletzung bestraft die nicht bestmögliche Durchführung der Körperverletzung.

Der Arzt hat auch kein Recht, dem Patienten, der mit seiner Einwilligung eben diese bestmögliche Durchführung verlangt, zu erwidern: Sie wollen vielleicht gar keine, bestenfalls aber eine beeinträchtigte Durchführung. Das zeigt ganz deutlich ein Blick auf das Zivilrecht, in dem die ärztliche Körperverletzung nicht nur eine unerlaubte Handlung sondern als einzige Körperverletzung auch eine vertragliche Verpflichtung sein kann. Im Vertragsrecht wird aber der Partner auch durch eine irrtümliche Erklärung solange gebunden, bis der irrende Teil den Vertrag anficht. Hat der Patient erklärt, die kunstgerechte Behandlung zu wollen, dann hat er dadurch die in den Augen des Arztes schädliche Aufklärung ausgeschlossen. Und würde innerhalb des Vertragsverhältnisses, das dann nicht mehr als Nebenpflicht aus dispositivem Gesetzesrecht die Aufklärung, sondern ausschließlich noch die bestmögliche 'Körperverletzung' zum Inhalt hat, der Arzt aufklären und dadurch nur noch zu einer schlechteren 'Körperverletzung' im Stande sein, so wäre das doch wohl eine Vertragsverletzung. Das Vertragsrecht tritt aber nun keinesfalls in Widerspruch zum Recht der unerlaubten Handlung, wenn man dort eine Einwilligung in rem incertam anerkennt - was geschehen ist [25] - und bei der Auslegung der erklärten Einwilligung in die Verletzung den erklärten Willen nach bestmöglicher Hilfe durch die Verletzung miteinbezieht - was leider nicht geschehen ist.

Den Weg vom Vertrag zur Einwilligung nicht zurückgefunden zu haben, muß Steindorff zum einzigen Vorwurf gemacht werden [26]. Im übrigen sind seine Ausführungen m.E. der überzeugendste juristische Beitrag zum Problem, da sie wenigstens im Rahmen des Vertrags den Grund der Behandlung berücksichtigen. Alle anderen Autoren führen den Heilzweck nur bei der Erörterung des Tatbestandes an. Die mit wesentlich mehr Gewinn zu stellende Frage, welchen Einfluß der Heilzweck - den ja nicht nur der Arzt sondern genau so auch der Patient verfolgt - auf die

---

[24] Dieser Gedanke fand bereits in § 3 II Verwendung. Er ist dem Sinne nach dargestellt auch von Göppinger S.80/81, der aber keine rechtliche Folgerung daraus zieht sondern im Gegenteil glaubt, der Jurist könne aus formalen Gründen gar nicht anders, als jede Einwilligung gleich zu behandeln.

[25] Engisch, Krankenhausarzt 60, 141 behauptet zu Unrecht, der BGH sehe es als inneren Widerspruch an, daß der Patient sagen könne, er sei mit allem einverstanden, ohne zu wissen, womit er einverstanden ist.

[26] Dadurch entstehen auch Lücken, z.B. beim einwilligungsfähigen Minderjährigen.

rechtliche Bewertung der Einwilligung haben könne, blieb unerörtert. Sobald ein Tatbestand abweichend von der Rechtsprechung gefunden war, begnügte sich die Rechtswissenschaft mit den üblichen Grundsätzen für eine ausreichende Einwilligung. Nirgends wurde gesagt, daß bei der ärztlichen Behandlung die Einwilligung nicht nur Schutzaufgabe (bezüglich der Verletzung) sondern zugleich auch Schutzwunsch (bezüglich des Ergebnisses der Verletzung) ist. Der Heilwille des Patienten kann aber von seinem Verletzungswillen nicht abgespalten, der Grund seiner Zustimmung in die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit aus der Wertung der Einwilligung nicht ausgeklammert werden.

4. Schließlich geht es bei der Forderung nach Aufklärung doch um folgendes: Der Patient sieht als Laie und aufgrund seines Leidens einseitig nur die mögliche Hilfe. Er willigt deshalb vielleicht übereilt in eine Behandlung ein, die er später bereut. Der Jurist, der auch den Verletzungscharakter sieht, wahrt eindeutig dann das Interesse des Patienten, wenn er an dessen Stelle die Forderung nach einer unschädlichen Aufklärung an den Arzt heranträgt. Er wahrt es aber dann vermutlich nicht mehr, wenn er ebenso einseitig nur noch die Verletzung sieht - so die isolierte Tatbestandsbetrachtung, die strafrechtlichem Denken entspringt - und deshalb zur Forderung nach Aufklärung auch dann kommt, wenn diese schädlich sein könnte. Nachdem die Heiltendenz der Behandlung feststeht, der Arzt mit Recht zur Behandlung rät, ja sogar dazu raten muß, und der Patient schon einmal zur Behandlung bereit war, ist anzunehmen, daß nach Aufklärung die Behandlung mit verminderten Aussichten doch stattfinden würde. Der Jurist beeinträchtigt also bei jeder noch so geringen Gefahr der Aufklärung höchstwahrscheinlich das wahre, sicher aber das nach außen kundgetane Interesse des Patienten. Seine Wertung des Verhältnisses 'Willen zur besseren Selbstbestimmung' - 'Heilwillen' widerspricht aller Erfahrung nach der tatsächlichen, jedenfalls aber der vorher erklärten Wertung durch die Patienten [27]. Deren spätere entgegengesetzte Behauptungen dürfen ihn nicht glauben machen, mit seiner Bejahung der Aufklärungspflicht letzten Endes doch den Patienten zu dienen, denn diese Behauptungen werden nur durch den eingetretenen Schaden hervorgerufen.

---

[27] Um diesen Widerspruch geht es und nicht, wie Grünwald Z 73, 31 meint, um den Widerspruch zur standesethisch begründeten Auffassung der Ärzte.

§ 10) Die Folgen erfüllter bzw. nicht erfüllter Aufklärungspflicht

I. Die Folge der Erfüllung der Aufklärungspflicht

Wenn der Patient nach Aufklärung seine Einwilligung verweigert, so muß der Arzt das respektieren, es sei denn, er hat den Eindruck, die Entscheidung sei in geistiger Störung getroffen. In letzterem Fall müßte er sich, soweit die Zeit dazu ausreicht, an das Vormundschaftsgericht wenden und um die Bestellung eines Pflegers bitten.
Willigt der Patient nach Aufklärung ein, so heißt das noch nicht, daß die Einwilligung nicht mehr irrtümlich zustandegekommen ist, denn der Patient kann auch die in richtiger Form vorgebrachte Aufklärung nicht verstanden haben. Wohl aber ist nach dem objektiven Inhalt seiner Erklärung kein Irrtum mehr anzunehmen [1]. Sollte wider Erwarten das Verhalten des Patienten trotz Aufklärung die Möglichkeit eines Irrtums offen lassen, so müßte wie oben seine Entscheidung unberücksichtigt bleiben und ein Pfleger bestellt werden.

II. Die Folge der Nichterfüllung der Aufklärungspflicht

Wesentlich schwieriger wird die Antwort auf die Frage, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht zwangsläufig die Unwirksamkeit der Einwilligung und damit die Rechtswidrigkeit der Behandlung zur Folge hat. Wir haben gesehen, daß die Aufklärungspflicht bereits entsteht, wenn - das erklärte Verhalten ex ante betrachtet - möglicherweise ein Irrtum vorliegt, der möglicherweise die Entscheidung beeinflussen kann. Jetzt aber geht es - ex post - um die sichere Feststellung, daß ein Irrtum vorlag, der die Entscheidung beeinflußt hat. Bestand kein ursächlicher Irrtum, so wurde das Selbstbestimmungsrecht vielleicht fahrlässig gefährdet oder vorsätzlich zu verletzen versucht, in Wahrheit aber nicht verletzt. Dieses Ergebnis soll schrittweise begründet werden:

a) Das Verhalten des Patienten ließ für den aufmerksamen Beobachter die Möglichkeit eines Irrtums erkennen. Der Arzt hat das fahrlässig nicht erkannt. Nachträglich ergibt sich, daß der Patient keinem Irrtum unterlag, z.B. durch einen anderen Arzt bereits aufgeklärt worden war. Die Einwilligung erfolgte also irrtumsfrei, sie ist wirksam, die Behandlung nicht eigenmächtig. Der Arzt hat

---

[1] Dem Einwand, der durch seine Krankheit verwirrte Patient könne nicht sachgemäß entscheiden, muß entgegengehalten werden, daß es eine absolute Sachgemäßheit auch beim Arzt nicht gibt. Auch dort spielen persönlich-psychologische Momente mit und auch dort ist das Wissen unvollkommen. Im übrigen ist eine mögliche Fehlentscheidung noch lange kein Grund, den Arzt "sachgemäß} über den Körper des Patienten verfügen zu lassen (vgl. RGSt 25, 378).

lediglich das Selbstbestimmungsrecht gefährdet, indem er den ohne sein Verdienst nicht vorhandenen, von ihm eigentlich vorauszusetzenden "Irrtum" nicht beseitigte. Widerspruch dürfte das kaum finden.

b) Bei aufmerksamer, verständiger Betrachtung schien ein Irrtum ausgeschlossen. Ein Irrtum fehlte auch tatsächlich. Der Arzt rechnete aber mit ihm und wollte ihn bestehen lassen. Hier liegt der vorsätzliche Versuch einer Verletzung des Patienten durch eigenmächtige Behandlung vor. Gegen diese Lösung ließe sich der Satz anführen, daß ein Rechtfertigungsgrund nur dem Täter zugutekommen soll, der im Vertrauen auf ihn handelt. Wer einen rechtswidrigen Angriff auf sich nicht erkennt, wird für seine objektive Abwehrtat wegen vollendeter Körperverletzung bestraft [2]. Ähnlich müßte der Arzt, der nicht weiß, daß ihm eine irrtumsfreie und damit rechtswirksame Einwilligung zur Seite steht, bei absichtlicher Unterlassung der Aufklärung wegen vollendeter Körperverletzung belangt werden [3]. Diese Rechtsansicht ist freilich allgemein nicht unbestritten [4]. Sie scheint auch seit der neueren Rechtsprechung zum Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht mehr folgerichtig zu sein. Danach steht bekanntlich die irrige Annahme eines rechtfertigenden Umstandes der irrigen Nichtannahme eines Tatbestandsmerkmals gleich und die irrige Annahme, daß ein bestimmter Umstand rechtfertige, steht gleich der irrigen Annahme, daß ein bestimmtes Verhalten nicht strafbar sei [5]. Ebenso müßte dann eigentlich die irrige Nichtannahme eines rechtfertigenden Umstandes (hier: der irrtumsfreien Einwilligung) gleichstehen der irrigen Annahme eines in Wirklichkeit fehlenden Tatbestandmerkmals, also Versuch der Tatbegehung sein. Die irrige Annahme, daß ein bestimmter Umstand nicht rechtfertigen könne, stünde dann gleich der irrigen Annahme, daß ein bestimmtes Verhalten strafbar sei (Wahndelikt) [6].

---

[2] BGHSt 5, 245; Mezger StB I S.118; Schwarz-Dreher § 53 2 A; Kohlrausch-Lange § 53 IV.

[3] Für Tatvollendung bei Unkenntnis der Einwilligung sind Maurach AT S.268 und Welzel S.88.

[4] Schönke-Schröder § 43 IV 7 und § 51 Vorbem IV mit Nachweisen (nur Versuch). Dem widerspricht Schönke-Schröder § 51 Vorbem III 7 b nicht, da dort bei Unkenntnis des Täters nur die volle Rechtfertigung ausgeschlossen wird. Man kann also mit der Willenserklärungstheorie (für sie BGH NJW 56, 1106) zum gleichen Ergebnis gelangen wie mit der Willensrichtungstheorie (für sie KG JR 54, 428). Auch Engisch ist für die Erklärungstheorie (Z 58, 37) und zugleich bei Unkenntnis der Einwilligung für Versuch (Fehler u. Gefahren S.1525). Umgekehrt gibt Mezger StB I S.114 und LK § 51 Vorbem 10 e aa), der auf dem Boden der Willensrichtungstheorie steht, keine Ausgangsposition auf (so Schönke-Schröder aaO), wenn er in diesem Fall ebenso Versuch annimmt.

[5] BGHSt 3, 105.

[6] Richtig stellt Kohlrausch-Lange § 43 Vorbem V darauf ab, ob im umgekehrten Fall Tatbestands- oder Verbotsirrtum vorläge.

Für diese Lösung spricht auch, daß bei Nötigung bzw. eigenmächtiger Heilbehandlung die Einwilligung den Tatbestand ausschließt, was sich übrigens auch für die ärztliche Körperverletzung vertreten läßt (vgl. § 4 II 1). Bei einer solchen Tatbestandssicht würde der Arzt, der unbewußt und ungewollt die rechtswirksame Einwilligung hat, nur den Versuch der Eigenmächtigkeit bzw. Willensbeugung verwirklichen [7]. Die zur Zeit in der Rechtsprechung noch herrschende Ansicht einer Körperverletzung, bei der die Einwilligung nur rechtfertigt, bräuchte und sollte kein Anlaß zu einer anderen Bewertung sein [8]. Das Argument, daß eine Rechtfertigung nicht verdiene, wer nicht gerechtfertigt handeln wolle, überzeugt nicht. Ebenso, wie es dem Täter nur bedingt und in unterschiedlicher Weise nützt, daß er an die Rechtmäßigkeit seines Tuns glaubt, schadet es ihm auch nur bedingt und unterschiedlich, wenn er die Rechtswidrigkeit seines Tuns annimmt. Der Täter wollte zwar rechtswidrig handeln, hat aber in Wirklichkeit rechtmäßig gehandelt. Im übrigen ist die rein logische Feststellung, daß der böse Wille nicht an sein Ziel gelangte, nur eine Tatsache, an die im Strafrecht keine Folgerung geknüpft werden muß. Vielmehr kann der Versuch als gleich strafwürdig empfunden und in gleicher Höhe wie das vollendete Delikt unter Strafe gestellt werden. Das ist zwar weder bei der Körperverletzung geschehen noch bei der eigenmächtigen Heilbehandlung vorgesehen (anders bei der Nötigung, § 240 II StGB), könnte aber vom Gesetzgeber jederzeit bestimmt werden. Einem vielleicht vorhandenen Strafbedürfnis wäre damit Rechnung getragen.
Für das Zivilrecht muß stets die Entstehung eines Schadens durch die vorsätzliche wie auch durch eine fahrlässige Nichterfüllung der Aufklärungspflicht verneint werden. An die Absicht des Arztes, aufgrund eines fehlerhaften Willens zu behandeln, hat sich eine nachteilige Folge dann nicht geknüpft, wenn die Behandlung vom Patienten tatsächlich ohne Irrtum gewollt war. Eine unerlaubte Handlung wurde versucht, eine "erlaubte" ausgeführt!

c) Die Ausgangssituation verbindet a) mit b): Der Arzt beseitigt absichtlich nicht einen von ihm zu Unrecht unterstellten Irrtum, den ein aufmerksamer Dritter ebenfalls als möglich oder sogar als sicher angenommen hätte. Es bestand also nicht nur in der subjektiven Vorstellung des Arztes sondern auch objektiv eine Aufklärungspflicht, die vorsätzlich verletzt wurde. Entscheidend ist aber erneut nur das Fehlen des Irrtums, nicht entscheidend, ob das schon vorher feststellbar

---

[7] Deshalb stimmen auch Geerds und Maurach (AT S.265/66) im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung überein.
[8] Näher und überzeugend ausgeführt von Baumann AT S.252-54.

war oder erst nachher festgestellt wurde.

d) Nach dem erkennbaren Verhalten des Patienten bestand die Gefahr eines für die Einwilligung maßgeblichen Irrtums. Nachträglich wird bewiesen, daß der Patient auf Aufklärung verzichtet, seine Einwilligung also unabhängig vom Vorliegen eines Irrtums erteilt hatte. Wiederum hat die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtaufklärung den Patienten nicht verletzt sondern nur zu verletzen versucht bzw. gefährdet.

e) Ein Irrtum oder Aufklärungsverzicht kann nachträglich weder ausgeschlossen noch nachgewiesen werden. Das Urteil muß - jedenfalls im Strafrecht - zugunsten des Arztes davon ausgehen, daß kein Irrtum bzw. ein Aufklärungsverzicht vorlag. Ergebnis wie oben.

f) Der Patient war im Irrtum befangen und hatte auch nicht auf Aufklärung verzichtet. Beides war erkennbar. Seine Entscheidung wäre aber nicht (sicher) von der Aufklärung beeinflußt worden. Auch in diesem letzten Fall, der den bisherigen völlig gleichsteht, ist dann die fahrlässige oder vorsätzliche Unterlassung der Aufklärung (möglicherweise) ins Leere gestossen. Zu dieser Frage, vor allem dazu, ob hier die Nichtaufklärung überhaupt wirkungslos bleiben kann, wird im folgenden Kapitel noch mehr gesagt werden.

III. Die abschließende Bestimmung der Rechtsunwirksamkeit der Einwilligung

Rechtsunwirksam ist also nicht schlechthin die irrtümliche Einwilligung [9], selbst wenn man darunter nicht jede mit Irrtümern belastete Einwilligung versteht (Einwilligung im Irrtum), sondern nur die, für die ein Irrtum ursächlich war (Einwilligung aus Irrtum). Hinzu muß noch kommen die vorherige Erkennbarkeit einer Irrtumsmöglichkeit. Mit einer solchen Ergänzung läßt die Definition aber immer noch außer Acht, daß auch die aus Irrtum zustandegekommene Einwilligung rechtswirksam ist, sofern der Patient auf die Beseitigung seiner Irrtümer verzichtet hat.
Ungenügend ist aber auch die Formel, rechtsunwirksam sei die Einwilligung, der keine Aufklärung vorausging [10]. Dabei wird ebenfalls nicht einbezogen, daß die Aufklärung unterbleiben durfte, wenn kein Aufklärungsbedürfnis (= ein möglicher, wesentlicher Irrtum) sichtbar wurde. Nicht berücksichtigt werden ferner die Fälle, bei denen die Aufklärung an der Willensbildung des Patienten nichts geändert

[9] So Maurach AT S.267 und Schwalm, Bay.Ärztebl.60, 150 (These 4 b).
[10] Vgl. dazu § 17 II.

hätte (kein Irrtum, keine Ursächlichkeit für die Einwilligung). Sollte bei dieser Formulierung der Gedanke Pate gestanden haben, dem mala fide Handelnden die Rechtfertigung unter allen Umständen zu versagen, so ist das abzulehnen, weil für die volle Strafbarkeit andere Wege offenstehen, ein rechtswidriger Erfolg mit der Behandlung jedoch nicht immer eingetreten ist. Sollte aber zu lesen sein: "rechtsunwirksam ist die irrtümliche Einwilligung, der keine Aufklärung vorausging" und im übrigen die Meinung geherrscht haben, die Nichtaufklärung sei dann stets ursächlich und bräuchte deshalb nicht in die Formel mitaufgenommen zu werden, so wäre auch das nicht ganz richtig (s. § 11).

Nach dem bisher Gesagten lautet die Definition der rechtsunwirksamen Einwilligung demnach: Rechtsunwirksam ist die Einwilligung, für die ein Irrtum ursächlich war, wobei sowohl Irrtum als auch Ursächlichkeit vom Täter [11] oder von einem verständigen, aufmerksamen Dritten als mindestens möglich zu erkennen waren.

Rechtswirksam ist umgekehrt jede Einwilligung, bei der die Willensbildung durch Aufklärung nicht besser werden konnte. Die Einwilligung kann nicht besser werden, wenn kein möglicher, wesentlicher Irrtum erkennbar ist und sie kann nicht besser werden, wenn - unbeschadet der Annahme des Arztes - kein Irrtum oder kein Einfluß der Nichtaufklärung auf die Einwilligung besteht.

Die Aufklärungspflicht folgt, um es kurz zu wiederholen, dann aus der Behandlungspflicht oder dem Behandlungswillen des Arztes in Verbindung mit der allgemeinen Rechtspflicht, die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit anderer Personen zu achten.

---

[11] für den Fall überdurchschnittlicher Erkenntnisfähigkeit.

§ 11) Die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung

I. Die Frage und die Antwort der Rechtsprechung

In § 10 wurde aufgezeigt, daß nicht nur bei einer bloß subjektiv vorgestellten Aufklärungspflicht die Behandlung rechtmäßig bleibt, sondern auch bei bestehender Aufklärungspflicht dann, wenn entweder der Patient wider Erwarten doch nicht irrte oder seine Einwilligung sich als (möglicherweise) unbeeinflußt von der Nichtaufklärung erweist. Dieser letztgenannte Punkt soll hier nochmals gesondert untersucht werden, denn der Arzt, dem eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorgeworfen wird, verteidigt sich regelmäßig damit, daß der Patient auch in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre.

Zu diesem Einwand hat RGZ 163, 129 wie folgt Stellung genommen:

> "Erwägungen dieser Art sind auch nicht etwa gegen die Annahme des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Schaden und dem Verhalten des Beklagten zu verwerten. Dieser Zusammenhang wäre allerdings nicht gegeben, falls der Schaden auch eingetreten sein würde, wenn das schadenstiftende Ereignis unterblieben wäre. Aber diese Voraussetzung liegt nicht vor: da die schadenstiftende Handlung eben die Vornahme des Eingriffs selbst ist, so würde es, wenn der Beklagte sie unterlassen hätte, nicht zu dem geltend gemachten Schaden gekommen sein. Es ist nicht so, daß der Beklagte die Zustimmung der Klägerin zur Abnahme der ganzen Brust gehabt hätte und es sich nur darum handelte, daß diese Zustimmung aufgrund einer unzureichenden Belehrung des Beklagten erteilt worden wäre [1]. Nur dann könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Klägerin die Einwilligung nicht auch bei sachgemäßer Beratung gegeben haben würde, so daß es unter allen Umständen zu dem Eingriff und damit zu den durch diesen herbeigeführten Nachteilen gekommen wäre. In dieser Weise ist . . . . die wirkliche Entwicklung nicht verlaufen, sondern der Beklagte hat die Einwilligung der Klägerin zu dem Eingriff überhaupt nicht gehabt. Diesen durfte er demnach nicht vornehmen." (aaO S.138/39).

Dieses Urteil läßt erkennen, daß für das RG bei erteilter Zustimmung die "schadenstiftende Handlung" nicht die "Vornahme des Eingriffs selbst" gewesen wäre, sondern die "unzureichende Belehrung" und daß es in diesem Fall die Kausalität in dem angedeuteten Sinn nachgeprüft hätte. Das RG hatte also Zweifel, ob die Einwilligung stets auf der unzureichenden Aufklärung beruhe und hätte, wenn diese Frage verneint würde, die Behandlung offensichtlich nicht für eine unerlaubte Handlung gehalten.

Demgegenüber hat BGH NJW 56, 1106 keine Kausalitätsprüfung vorgenommen mit der Begründung:

---

[1] Hier erkennt und trennt das RG deutlich die beiden Formen der Aufklärungspflicht!

"Es mag dahinstehen, ob eine Feststellung, der Kläger würde bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Einwilligung erteilt haben, angesichts des tatsächlich vorliegenden rechtswidrigen Eingriffs in seine körperliche Integrität erheblich sein kann. Da das Berufungsgericht eine solche Feststellung . . . nicht hat treffen können, ist zutreffend gefolgert worden, daß die Beklagte Schadenersatz zu leisten hat". (aaO S.1108).

Diese wenigen Sätze sind nur im Ergebnis eindeutig: die Behandlung, der keine ausreichende Aufklärung vorausging, ist eine rechtswidrige Körperverletzung. Die "Einwilligung bei ordnungsgemäßer Aufklärung" kann bestenfalls bei Anerkennung der hypothetischen Kausalität und in deren Rahmen "erheblich" sein. Unklar bleibt, ob der BGH die Verletzung der Aufklärungspflicht stets für ursächlich hält, diese Frage dahinstehen läßt oder einfach keinen Unterschied zur einwilligungshindernden Nichtaufklärung sieht.

II. Die Lösung bei der einwilligungshindernden Nichtaufklärung und der hypothetische Kausalverlauf

Ist die Aufklärung nach § 4 IV objektiv (also nicht da, wo ausnahmsweise die Generaleinwilligung oder übergesetzlicher Notstand eingreift) versäumt worden und wußte der Patient nicht, welchen Eingriff der Arzt vor hatte, dann steht fest, daß dieser ohne Rechtfertigungsgrund ausgeführt wurde, somit eine Körperverletzung bzw. eigenmächtige Heilbehandlung war.
Damit ist für das Strafrecht die Prüfung beendet. Im Zivilrecht kommt es zur Haftung aber erst dann, wenn die unerlaubte Handlung einen Schaden zur Folge hatte [2]. Der Schaden wird ermittelt durch einen Vergleich mit dem Zustand, der ohne die unerlaubte Handlung bestanden hätte. Hätte die Weiterentwicklung der Krankheit dem Kläger gleiche Schmerzen bereitet, gleichermaßen Erwerbsunfähigkeit verursacht, ebenso hohe Behandlungskosten entstehen lassen usw., so fehlt es am Schaden [3], vollends dann, wenn die eigenmächtige Behandlung sogar eine Besserung der Gesundheit bewirkte [4]. Der Schadensermittlung dient

---

[2] Zur Beweislast vgl. BGH JZ 59, 773 mit Anmerkung Niederländer. Grünwald Z 73, 8 (Anm.8) bezweifelt in jedem Falle die Adäquanz, da die kunstgerechte Behandlung kein Umstand gewesen sei, der die Möglichkeit eines Schadens vermehrt habe. Adäquanz ist aber nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gleichzusetzen. Es genügt, daß die Möglichkeit eines Schadens nicht außerhalb aller Erfahrung lag.

[3] Mit der Berücksichtigung eines hypothetischen Ereignisses hat das noch nichts zu tun; es wird lediglich der Wert der Gesundheit im Zeitpunkt der Behandlung als gering ermittelt (vgl. Larenz AT S.137).

[4] Einen Schmerzensgeldanspruch bejaht stets RGZ 68, 434. Vgl. ferner RG JW 32, 3330 (Kosten der lebensrettenden Behandlung).

ferner die Überlegung, ob nicht durch ein zukünftiges Ereignis, das infolge der unerlaubten Handlung nicht mehr zum Zuge kam, der gleiche Schaden hervorgerufen worden wäre. Ein solches Ereignis könnte auch sein die rechtmäßige Behandlung, die nach Aufklärung erfolgt wäre. Das RG hat dem Schädiger die Berufung auf einen derartigen hypothetischen Kausalverlauf aber stets verwehrt, nachdem feststand, daß der Schaden tatsächlich durch seine unerlaubte Handlung entstanden war [5]. Von diesem Standpunkt aus ist deshalb in RGZ 163, 129 nicht nur richtig entschieden worden, daß der Arzt infolge Nichtaufklärung keine Einwilligung hatte und den Eingriff unterlassen mußte, sondern auch die Haftung für jeden daraus sich ergebenden Schaden.
Mit dem BGH [6] ist allerdings anzunehmen, daß bei der Schadensermittlung auch ein hypothetischer Kausalverlauf in bestimmtem Umfang zu berücksichtigen ist. Kann festgestellt werden, daß nach Aufklärung eingewilligt worden wäre, so hat die Nichtaufklärung zumindest keinen sgn. Folgeschaden verursacht [7]. Für die Erteilung der Einwilligung ist der Arzt beweispflichtig. Der Beweis kann, da es sich bei der Willensentschließung des Patienten um eine nicht wahrnehmbare Tatsache handelt und der Kläger die entsprechende Frage im Prozeß verneinen wird, kaum je gelingen. Würde der Patient seine Einwilligung aber selbst zugeben, dann hätte er durch die unerlaubte Handlung keinen (so hohen) Schaden erlitten und die Klage müßte (teilweise) abgewiesen werden. An der Strafbarkeit könnte sich dadurch nichts mehr ändern [8], doch wäre auch dort beim Strafmaß das Fehlen eines Schadens nicht ohne Bedeutung.

III. Die Lösung bei der einwilligungsherbeiführenden Nichtaufklärung

1. Bei der Aufklärungspflicht, deren Erfüllung vielleicht die Einwilligung verhindert hätte, ist die Nachprüfung der Kausalität zunächst schon deshalb nötig, weil hier davon ausgegangen werden muß, daß die Behandlung nur aufgrund der Einwilligung vorgenommen wurde. Es dürfte dem Arzt kaum nachzuweisen sein, daß er als 'omnimodo facturus' auch ohne Einwilligung behandelt hätte. Die Einwilligung kann also in diesen Fällen nicht hinweggedacht werden, ohne daß die Tat entfiele. Wenn aber die Einwilligung (ein Tatbeitrag des Patienten!) nicht durch die unzureichende Belehrung zumindest mitverursacht wurde, dann ist die

---

[5] Vgl. RGZ 141, 365 und RGZ 169, 177.
[6] Vgl. BGHZ 29, 215; BGHZ 8, 288 (296); BGHZ 10, 6 (10) mit weiteren Hinweisen.
[7] Vgl. zu den teilweise noch sehr umstrittenen Fragen Larenz AT S.135 f. mit Nachweisen.
[8] A.A.Arthur Kaufmann Festschrift S.200 f.

Pflichtverletzung des Arztes für die Behandlung, die auf der Einwilligung aufbaut, überhaupt nicht ursächlich geworden. Eine Gleichstellung mit den Fällen fehlender Einwilligung ist demnach auch auf der Ebene der Kausalität nicht möglich und dem BGH wäre jedenfalls dann zu widersprechen, wenn er mangels Unterscheidung von zwei Arten der Aufklärungspflicht auf die Nachprüfung der Kausalität verzichtet hätte [9].

2. Der BGH kann aber auch der Ansicht gewesen sein, eine gesonderte Feststellung der Kausalität erübrige sich, denn eine rechtswidrige unerlaubte Handlung liege schon deshalb vor, weil der Arzt vor Erfüllung seiner Aufklärungspflicht nicht behandeln dürfe. Letzteres ist richtig. Die Übertretung eines rechtlichen Gebots bzw. Verbots muß aber nicht unbedingt zu einem schädlichen Erfolg führen. Blieb die Nichterfüllung der Aufklärungspflicht ohne Einfluß auf die Einwilligung, so kam es nur zum vorsätzlichen Versuch einer Verletzung bzw. zur fahrlässigen Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit. Beides ist ebenso wie die Herbeiführung des Erfolgs von der Rechtsordnung verboten. Lediglich die Bestrafung wegen vollendeter Körperverletzung (Nötigung, eigenmächtiger Heilbehandlung) ist ausgeschlossen und eine Verurteilung zu Schadenersatz scheitert daran, daß kein Schaden eintrat. Die im Strafrecht vertretene [10], vom BGH, anderen Gerichten oder Schriftstellern beim Problem der Aufklärungspflicht aber bisher noch nie zum Ausdruck gebrachte Auffassung, gerechtfertigt handle nicht, wer nicht gerechtfertigt handeln wolle, ist in dieser Form bereits abgelehnt worden. Sie schafft unberechtigte Unterschiede zur fahrlässigen Verletzung der Aufklärungspflicht [11], zur Entscheidung bei Annahme einer tatbestandsausschließenden Einwilligung und zur Lösung des umgekehrten Falles. Schließlich ist sie Ausfluß eines reinen Zweckdenkens, dessen verständliches Anliegen (Bestrafung des bösen Willens, vielleicht auch der gefährlichen Nachlässigkeit) auf andere Weise vom Gesetzgeber erfüllt werden müßte.

5. Der BGH kann ferner noch die Verursachung der Einwilligung durch die unzureichende Aufklärung als selbstverständlich unterstellt und deshalb nicht besonders untersucht haben. Für den Regelfall, nämlich für die Behandlung auf Rat des

---

[9] BGH NJW 56, 1107 spricht im Anschluß an das Berufungsgericht von einer "nicht beachtlichen Einwilligung", die "keine Einwilligung" sei.

[10] Zivilgerichte und Zivilliteratur haben sich, soweit ersichtlich, mit dem Problem noch nicht befaßt. Der Wegfall der Schadenersatzpflicht erscheint wohl als selbstverständlich.

Arztes, ist diese Meinung in der Tat zutreffend. Bereits die Wahl der Worte 'Einwilligung' oder 'Zustimmung' deutet die Vorstellung an, daß der Arzt aufgrund seiner Diagnose eine bestimmte Maßnahme vorschlägt und der Patient diesen Vorschlag lediglich annimmt. Dieser ärztliche Vorschlag darf aber nicht allein stehen, sondern er muß begleitet werden von der Aufklärung; beides zusammen bildet erst den Inhalt der als Einheit zu sehenden ärztlichen Beratungstätigkeit. Würde man die Beratung in den medizinisch richtigen, angenommenen Vorschlag und in eine daraufhin einzusetzende, rechtswidrig versäumte Aufklärung aufspalten, so wäre jede Verletzung der Aufklärungspflicht nur eine Unterlassung. Der Arzt würde dann nur verantwortlich sein, wenn die Aufklärung zum ärztlichen Vorschlag nicht hinzugedacht werden könnte, ohne daß die Einwilligung und damit die Behandlung entfiele. Bei einer derartigen Betrachtungsweise würde der Arzt nur selten haften, denn die Versagung der Einwilligung nach Aufklärung ließe sich kaum jemals mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen. Geht man aber von einem Vorschlag und Aufklärung umfassenden Begriff 'Beratung' aus, so kommt man zu einem Tun. Es steht dann fest, daß diese Beratung fehlerhaft, nämlich unvollständig war. Das ärztliche Einwirken auf den Willen des Patienten kann ferner nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg, d.h. die Einwilligung in ihrer konkreten Gestalt entfiele. Damit ist das Fehlverhalten des Arztes ursächlich für die auf der Einwilligung beruhende Behandlung und jeden weiter daraus entstehenden Schaden geworden. Ob die Einwilligung auch bei richtiger Beratung, also aufgrund eines mit zureichender Aufklärung verbundenen Vorschlages erfolgt wäre, ist nur noch eine Frage des hypothetischen Kausalverlaufs. Es gilt das oben Gesagte: ein solcher Beweis ist schwer, durch den Arzt zu führen und in seiner Wirkung auf die Schadensermittlung im Zivilprozeß beschränkt.

4. Neben dem bisher erörterten Regelfall dürfen aber die Fälle nicht übersehen werden, wo der Patient bereits mit einem bestimmten Wunsch den Arzt aufsucht, um dessen Hilfe in Anspruch zu nehmen. Wie ich aus eigener Erfahrung weiß, wird auch dort später, wenn der Arzt dem Wunsche nachgekommen ist und die Behandlung mißlingt, der Vorwurf einer Aufklärungspflichtverletzung erhoben [12]. Grundsätzlich ändert es, wie wir gesehen haben, nichts an der Aufklärungspflicht nach § 5 - die nach § 4 IV entfällt -, daß die Initiative zur Behandlung vom

---

[11] Bei fahrlässigem Verhalten läßt Schönke-Schröder § 51 Vorbem IV a.E. mit Recht die objektive Situation ausreichen.

[12] Der gekürzten Tatbestandswiedergabe in den veröffentlichten Urteilen fällt diese vermeintlich unwichtige Variante vermutlich zum Opfer.

Patienten ausgeht, dieser zunächst den Vorschlag an den Arzt heranträgt und so, zumindest sprachlich, eigentlich nicht der Patient, sondern der Arzt 'einwilligt', 'zustimmt', 'einverstanden ist'. Für die Kausalitätsprüfung aber gilt unausweichlich, daß hier dem Arzt nicht mehr der Vorwurf gemacht werden kann, die Einwilligung herbeigeführt zu haben. Möglich ist nur noch der Vorwurf, die Einwilligung nicht beseitigt zu haben. Nur die unterlassene Einwirkung vermittels Aufklärung und nicht mehr die Einwirkung vermittels unvollständiger Beratung kann noch Gegenstand der Kausalitätsprüfung sein. Dem Arzt muß also - durch den Staatsanwalt oder Privatkläger im Strafprozeß, durch den Kläger im Zivilprozeß - nachgewiesen werden, daß nach der Aufklärung die Einwilligung entfallen wäre, der Patient sie zurückgenommen hätte. Bleibt die Frage ungeklärt [13], so scheidet eine Verurteilung mangels Beweises aus. Kann das Gericht gegenteilig sogar die Überzeugung gewinnen, daß der Patient auch nach Aufklärung bei seiner Absicht geblieben wäre, so stünde damit das Fehlen einer unerlaubten und strafbaren Handlung fest. Für den Freispruch bzw. die Klageabweisung reicht aber bereits ein 'non liquet', die Unsicherheit, wie sich der Patient nach erfolgter Aufklärung verhalten hätte.

5. Dieses Ergebnis ist eine Bestätigung von RGZ 163, 129 gegenüber BGH NJW 56, 1106 [14]: Bei der Aufklärungspflicht zur Beseitigung von Irrtümern ist es sowohl theoretisch richtig wie auch praktisch notwendig, die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die Behandlung nachzuprüfen. Sie ist stets dann zu bejahen, wenn der Arzt die Einwilligung veranlaßt hat. Die Frage, ob auch bei Erfüllung der Aufklärungspflicht eingewilligt worden wäre, ist dann nur noch bei der Schadensermittlung von gewisser Bedeutung [15]. Der tatsächliche Geschehensablauf bleibt von der Antwort auf sie unberührt. Hat dagegen der Arzt den Entschluß des Patienten zu einer bestimmten Behandlung nicht veranlaßt, so ist die

---

[13] Das dürfte sehr häufig der Fall sein, denn die nachträgliche Behauptung des Patienten, er hätte bei Aufklärung seinen Behandlungswunsch fallen gelassen, genügt als Beweis allein noch nicht.

[14] Der BGH zitiert RGZ 163, 129, daneben aber noch RG DR 40, 1288, wobei es sich aber um dasselbe Urteil handelt! Der BGH zitiert aaO S.1108 ferner RG JW 36, 3112 (3114) als Beleg dafür, daß der Arzt nicht annehmen dürfe, er brauche "über eine nicht ungefährliche Therapie überhaupt nicht aufzuklären". Dieses Urteil ist identisch mit dem gleichfalls zitierten Urteil RGZ 151, 349 und enthält kein einziges Wort zur Aufklärungspflicht!! (Als Kommentar möge das Schlußwort dieser Arbeit gelten).

[15] Schon bei Ungewißheit verneinen stets den ursächlichen Zusammenhang König-Köstlin S.41/42 und Liertz-Pfaffrath S.203.

Nichterfüllung der Aufklärungspflicht nur dann rechtlich bedeutsam geworden, wenn die Aufklärung diesen Entschluß mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beseitigt hätte [16]. Hätte sie diese Wirkung (möglicherweise) nicht gehabt, dann kann der Arzt weder straf- noch zivilrechtlich verurteilt werden [17].

---

[16] Auf diese Kausalitätsformel (vgl. RGSt 63, 393 und RGSt 75, 50) sei nochmals hingewiesen, nachdem der BGH in einem Fall ärztlichen Handelns zur Kausalität der Unterlassung einen unverständlichen Leitsatz aufgestellt und in den Gründen keineswegs erhellt hat (BGHZ 7, 198/204; zutreffende Kritik von Larenz NJW 53, 686). Im übrigen ist das Urteil im Ergebnis richtig, weil der Tod nicht etwa durch die schuldhaft unterlassene Klinikeinlieferung sondern durch die schuldhaft begangene Abtreibung adäquat verursacht wurde. Das erkennt der BGH im weiteren Verlauf auch an (aaO S.205/06). Die gleiche Umdeutung einer Begehung in eine Unterlassung wird uns im nächsten Kapitel beschäftigen. Allgemein richtige Lösung dagegen bei Schönke-Schröder Vorbem V 3 und Maurach AT S.458. A.A. Mezger StB I S.76, dessen Annahme einer Wertungsfrage vertretbar ist. Ergebnis der Wertung ist aber im gebrachten Beispiel (nach RGSt 63, 211) weder das Verarbeitenlassen von Ziegenhaaren überhaupt noch die Hingabe unter Unterlassung der Desinfektion, sondern die Hingabe unter Unterlassung der Desinfektion. Dort liegt auch der von BGHSt 6,59 geforderte "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit". (S. auch Engisch, Die Kausalität als Merkmal des strafrechtlichen Tatbestandes S.64 Anm.1).

[17] § 240 II StGB greift nicht ein, da weder Drohung noch Zwang vom Arzt angewandt wird.

§ 12) Die Schuld und die Körperverletzung/Tötung durch die eigenmächtige Behandlung

I. Die Schuldfrage im Straf- und Zivilrecht

1. Die Tat des Arztes ist die von der Rechtsprechung als Körperverletzung gewertete Behandlung, die der Arzt stets mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich ausführt. Über die Rechtswidrigkeit seines Tuns kann der Arzt dagegen im Unklaren sein. Der Tatvorsatz wird dann nach der heutigen Strafrechtsprechung und dem ihr folgenden Strafgesetzentwurf [1] ausgeschlossen, wenn er irrtümlich Umstände annimmt, die bei tatsächlichem Vorliegen sein Handeln gerechtfertigt hätten. Bei Unterlassung der Aufklärung nach § 4 IV sind das: Generaleinwilligung, Unterrichtetsein des Patienten, schwerste Gesundheitsgefahr durch vollständige Aufklärung bei Behandlungsinteresse und dringender Behandlungsnotwendigkeit. Bei Unterlassung der Aufklärung nach § 5 kommt hinzu: das Fehlen aufklärungspflichtiger Tatsachen und der Aufklärungsverzicht mangels Frage bei medizinischen Bedenken gegen die Aufklärung. Regelmäßig wird fahrlässige Körperverletzung (§ 230 StGB) übrig bleiben. Nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums erfolgt Freispruch.
Zu vorsätzlichem Handeln könnte die Rechtsprechung dadurch gelangen, daß sie für alle oder einige Einschränkungen der Aufklärungspflicht eine besondere Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen fordert, wie sie es in dem ähnlich liegenden Fall der Schwangerschaftsunterbrechung bereits getan hat [2]. Der Arzt würde dann z.B. nicht über den körperlichen Zustand des Patienten, die daraus sich ergebende oder allgemein bestehende Gefahr der Aufklärung oder die Notwendigkeit der Behandlung irren, sondern über seine Pflicht zu gründlicher Untersuchung [3]. Eine solche Rechtsprechung fehlt noch, zum einen, weil die bisherigen Urteile zur Aufklärungspflicht fast ausnahmslos von Zivilgerichten stammen, zum andern, weil das vom Arzt angenommene Krankheitsbild noch nie als

---

[1] vgl. §§ 20, 21 E.

[2] RGSt 62, 138. Ausführlicher Widerspruch von Eb.Schmidt Z 49, 390 f. Dagegen auch Schönke-Schröder § 51 Vorbem III 10 e mit Nachweisen.

[3] Vgl. BGHSt 3, 7. Widerspruch von Lange JZ 53, 9, Welzel JZ 55, 142 und Engisch Z 70, 586 (Anm.47). Vgl. ferner Engisch aaO S.613 f. mit dem Vorschlag, de lege ferenda eine allgemeine Notstandsfahrlässigkeit anzuerkennen (Definition aaO S.610). Für Verbotsirrtum bei irriger Annahme des Unterrichtetseins und eines übergesetzlichen Notstandes Schwalm Schriftenreihe S.29/33 (anders noch in MDR 60, 725: Irrtum über das Vorliegen eines Aufklärungsverzichts, der mutmaßlichen Einwilligung und der Gefahr im Verzug schließt Vorsatz aus). Vgl. ferner § 159 III E und § 162 III E.

ausreichend für eine Einschränkung der Aufklärungspflicht anerkannt wurde, weshalb sich die Frage, wie diese Annahme im Falle eines Irrtums zu bewerten sei, nicht stellte.
Unberührt bleibt der Vorsatz, wenn dem Arzt alle Tatsachen richtig bekannt sind [4] und er lediglich die Grenzen seiner Aufklärungspflicht anders als die Rechtsprechung zieht. Nach der hier vertretenen Auffassung wären Beispiele von Bewertungsirrtum: die Meinung, die Aufklärung nach § 4 IV schon bei geringerer Gefahr oder wünschenswerter Behandlung, die nach § 5 auch bei Verlangen des Patienten, ohne gesundheitliche Gefahr oder wegen fälschlich angenommener Unwesentlichkeit unterlassen zu dürfen. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung zählen zum Verbotsirrtum vor allem jene Fälle, wo der Arzt dem Patienten die Beunruhigung durch die Aufklärung ersparen möchte. Der Glaube des Arztes, er befinde sich in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung, ist weder unvermeidbar noch laut BGHZ 29, 185 überhaupt irgendwie beachtlich, denn der Arzt kennt die Rechtsprechung und muß sich nach ihr richten.

2. Die eigenmächtige Heilbehandlung des künftigen Rechts kann nur vorsätzlich begangen werden. Den Schuldfragen wird dadurch erhöhte Bedeutung zukommen. Sollte die Rechtsprechung mehr als bisher Einschränkungen der Aufklärungspflicht zulassen, dann wird möglicherweise der oben angedeutete Gedanke über die Rechtspflicht zu gründlicher Untersuchung aufgegriffen werden. Ohne diesen Gedanken könnte die Strafbestimmung immer dann keine Wirkung mehr entfalten, wenn sich der Arzt mit irrtümlicher Annahme einer Gefährdung des Patienten verteidigen würde, denn bei Fahrlässigkeit muß im Gegensatz zu heute der Arzt freigesprochen werden.

3. Im Zivilrecht scheidet in allen Fällen von Irrtum über die Rechtswidrigkeit vorsätzliches Handeln aus [5], also auch dort, wo in Kenntnis der Sachlage nur der Umfang der Aufklärungspflicht falsch bestimmt wurde. Diese zum Strafrecht verschiedene Lösung ist möglich, weil Fahrlässigkeit grundsätzlich die gleiche Haftung mit sich bringt wie Vorsatz. Dafür kann andererseits auch ein individuell unvermeidbarer Irrtum den Schuldvorwurf begründen (objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab).

---

[4] wie in BGHSt 11, 111! Richtig dagegen BGHSt 12, 383.
[5] Vgl. zum Arztrecht RGZ 68, 437/38 und allgemein RGZ 72, 5. Für die strafrechtliche Regelung En.-Nipperdey § 215 III.

II. Die Körperverletzung / Tötung durch die eigenmächtige Behandlung

Die Stelle, an der endgültig das volldeliktische Verhalten des Arztes bei der Behandlung festgestellt wurde, erscheint am geeignetsten für die Überlegung, welche Bedeutung dieser Feststellung zukommt, wenn im Anschluß an die vollendete, schuldhaft rechtswidrige Behandlung ein Gesundheitsschaden oder gar der Tod des Patienten eintritt.

1. Die Meinung, der Ausgang der Behandlung beeinflusse deren rechtliche Wertung, wurde bereits abgelehnt. Der Rechtscharakter einer Tat muß im Zeitpunkt ihrer Begehung feststehen und kann sich nicht erst nachträglich ergeben [6]. Das schließt aber nicht aus, daß der "Ausgang" nicht seinerseits Körperverletzung oder Tötung sein kann. Ganz allgemein steht die sprachliche Bezeichnung und die juristische Wertung einer Handlung unabhängig von der sprachlichen Bezeichnung und der juristischen Wertung ihrer Folgen. Natürlich ist eine spätere Zusammenfassung von Handlung und Folge möglich, entweder in einem Oberbegriff oder, wenn sich ergibt, daß beidemale der nämliche Begriff zutrifft, in diesem selbst. Auch tritt oft entweder die Handlung oder die Folge so in den Hintergrund, daß sie zu Recht unberücksichtigt bleibt [7].

2. Bei der Bekämpfung der Auffassung, der Ausgang bestimme die Rechtsnatur der kunstgerechten Behandlung, ist nun Eb.Schmidt der Fehler unterlaufen, die möglichen Folgen mitzuerörtern statt sie als unerheblich von Anbeginn an abzutrennen. Eb.Schmidt wird dadurch zu der Behauptung verleitet, der Arzt verursache bei kunstgerechter Behandlung diese Folgen in rechtlicher Sicht, d.h. im Sinne einer Tatbestandserfüllung überhaupt nicht [8]. Ihn treffe aufgrund der übernommenen Behandlung nur eine Rechtspflicht, sie zu vermeiden. Habe er aber alles in seinen Kräften Stehende getan und seiner Erfolgsabwendungspflicht voll genügt, dann sei der Tod oder Gesundheitsschaden nicht mehr auf ihn zurückzuführen. Das ist für die eigenmächtige Behandlung unzutreffend [9]. Hier ist nicht die Unterlassung sorgfältiger Behandlung sondern deren Durchführung die Tat des Arztes, die ihm zum Vorwurf gemacht wird. Es liegt die gleiche Umdeutung eines Begehungsdelikts in ein Unterlassungsdelikt vor, die am Ende des letzten Kapitels gerügt wurde. In Wirklichkeit hat der Arzt mit der eigenmächtigen

---

[6] so schon RGSt 25, 379.

[7] So wird z.B. niemand einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Pistolenschuß für sich näher juristisch untersuchen (§ 360 Zif.11 StGB?), wenn damit jemand getötet wurde.

[8] Arzt im Strafrecht S.78 f.

[9] Auch bei der genehmigten Behandlung ist m.E. die Begründung von Eb.Schmidt nicht zutreffend (vgl. dazu Spendel Festschrift S.192 f.), das Ergebnis aber vertretbar, was schon Engisch MschrKrim 39, 419 f. nachgewiesen hat.

Heilbehandlung immer dann eine Körperverletzung bzw. Tötung begangen, wenn ohne Behandlung der Gesundheitszustand besser geblieben bzw. der Tod vermieden (hinausgezögert) worden wäre [10]. Bleibt ungewiß, ob sich die Krankheit ohne Behandlung nicht in gleicher Weise entwickelt hätte, dann kann selbstverständlich keine Körperverletzung/Tötung durch die Behandlung angenommen werden. Die erfolglose Behandlung hat nichts verschlechtert, steht also der geglückten gleich [11]. Im übrigen aber kann die schuldhaft rechtswidrige Behandlung - unabhängig von ihrer Rechtsnatur - nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Gesundheitsschaden bzw. Tod im konkreten Zeitpunkt entfallen wäre.
Körperverletzung und Tötung sind auch rechtswidrig. Eine Einwilligung in die Verschlechterung seines Zustandes erteilt der Patient nicht. Seine rechtswirksame Einwilligung in die gefährliche Behandlung hätte freilich das Risiko erlaubt (bei Lebensgefahr unter zusätzlicher Zuhilfenahme der medizinischen Indikation) und damit die Rechtswidrigkeit (nach anderer Ansicht bereits die Tatbestandsmäßigkeit) bezüglich des Mißerfolges beseitigt bzw. gar nicht erst entstehen lassen - gerade sie fehlt aber bei der eigenmächtigen Heilbehandlung.

So liegt das Schwergewicht auf der Untersuchung der Schuldfrage. Sehr oft, wenn nicht meistens, handelt der Arzt schuldhaft. Eb.Schmidt bestreitet das allerdings ebenfalls. Er meint, da jeder Arzt seine Behandlung für die beste halte, könne er bei Verletzung der Aufklärungspflicht nicht daran denken, der Patient würde

---

[10] Dabei wird immer auch bereits der Tatbestand erfüllt. Wenn Welzel S.251 (a.A. noch 6.Aufl. S.241), Bockelmann Nschr. Bd. 7, S.191, Gallas Nschr. Bd. 7, S.197 und Arthur Kaufmann JZ 61, 513 das leugnen, weil bei der kunstgerechten Behandlung die objektive Sorgfalt eingehalten werde, so übersehen sie, daß hier die objektive Sorgfaltspflicht ein Abstandnehmen von der Behandlung verlangt hätte. Desgleichen kann man doch nicht sagen, der Arzt habe das "ex ante Richtige getan" bzw. sich "in jeder Beziehung richtig verhalten" (so Engisch MschrKrim 39, 424 bzw. Heidelberger Jahrbücher 1960, 68). Ob beim Mißerfolg der kunstgerechten genehmigten Behandlung der Tatbestand erfüllt wird, kann in dieser Arbeit dahingestellt bleiben. Sogar Mezger StB II S.46 meint im Anschluß an Eb.Schmidt, der Tatbestand scheide aus, weil der Arzt nur die zulässigerweise heraufbeschworenen Gefahren nicht habe abwenden können. Bei der eigenmächtigen Behandlung ist das aber eben nicht "zulässigerweise" geschehen. Außerdem hat die Zulässigkeit einer Gefahrensetzung nach der noch herrschenden Auffassung noch nicht einmal auf die Rechtswidrigkeit des Erfolges irgendeinen Einfluß, geschweige denn auf die Tatbestandserfüllung.

[11] A.A. Maurach BT S.73, da er bei der Tatbestandsprüfung stets auf die Behandlung abstellt.

nach Aufklärung die Behandlung verweigern [12]. Das ist regelmäßig nicht zutreffend. Auf der Annahme, daß der Patient vom Rat des Arztes abweichen will, beruht die ganze Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts. Auch der Arzt muß mit dieser Möglichkeit dort, wo Aufklärungspflicht besteht, immer rechnen. Wo er objektiv nicht damit zu rechnen braucht, besteht schon keine Aufklärungspflicht. Nur wenn infolge subjektiv unvermeidbarer Nichterkenntnis der Ablehnungsmöglichkeit die Schuld bei der eigenmächtigen Behandlung ausgeschlossen sein sollte, fehlt auch die Möglichkeit der Voraussicht, durch die Aufklärung könne vom Patienten der Gesundheitsschaden bzw. Tod vermieden werden. Die Bejahung der Schuld bei der eigenmächtigen Behandlung begründet also bereits einen Teil der Schuld (nicht aber der Schuldform, vgl. unten) bei der Körperverletzung/Tötung hier. Hinzu muß nur noch kommen die subjektive Voraussehbarkeit eines möglichen Fehlschlags. Auch sie ist häufig gegeben [13], denn schon allgemeine medizinische Erfahrung lehrt die Gefährlichkeit einer großen Reihe von Behandlungen. Diese Gefahr ist ja gerade ein wesentlicher Aufklärungspunkt. Dem eigenmächtig handelnden Arzt wird aber das Risiko eines Mißlingens nicht durch die Einwilligung des Patienten abgenommen; er handelt auf eigenes Risiko. Glückt die Behandlung, dann hat auch er Glück gehabt, mißglückt sie, dann trifft ihn die Verantwortung.

3. Es ist deshalb immer richtig, im Falle eines Schadens durch die eigenmächtige Behandlung - noch nicht bei Erfolglosigkeit - die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte auf ihre Anwendbarkeit zu untersuchen. Mit einer ex-post-Betrachtung des ärztlichen Eingriffs hat das nichts zu tun, ebensowenig mit einer Haftung für 'versari in re illicita'. Die Bewertung der Folgen wird vielmehr völlig unabhängig von der Bewertung der Handlung vorgenommen. Man darf deshalb

---

[12] Arzt im Strafrecht S.184. Eb.Schmidt formuliert es so, daß neben der Ablehnung der eigenen Behandlung zusätzlich noch die Wahl einer besseren anderen stattfinden würde. Die Gedankenführung ist aber die gleiche. Im übrigen betrifft der von Eb.Schmidt angesprochene Glaube des Arztes, der Patient, der nicht (rechtswirksam) eingewilligt hat, würde auch nach Aufklärung einwilligen, nur den hypothetischen Kausalverlauf, der im Strafrecht unerheblich ist. A.A.Arthur Kaufmann Festschrift S.200 f. im Anschluß an BGHSt 11, 1 (dagegen wieder Spendel aaO S.183 f.). Im Ergebnis ist eine Abweichung unwahrscheinlich, da die Möglichkeit einer Behandlungsablehnung praktisch nie auszuschließen ist (vgl. § 11 II). Damit ist aber auch noch kein "solches Maß von Erfolgsverwirklichung gegeben, daß der volle Eintritt des Schadens nach menschlichem Ermessen zu erwarten" wäre (so die Definition von Kaufmann aaO S.229).

[13] Engisch Heidelberger Jahrbücher 1960, 70 bezweifelt das zu Unrecht und schließt weiter zu Unrecht auf fehlende Tatbestandsmäßigkeit (obwohl er ein "regelwidriges Verhalten" auf S.69 selbst zuzugestehen scheint).

auch die Schuldform bei der eigenmächtigen Behandlung nicht hierher übertragen [14]. Einen Körperschaden oder den Tod des Patienten will auch der vorsätzlich eigenmächtig behandelnde Arzt nie; sähe er dieses Ergebnis als sicher voraus, würde er die Behandlung unterlassen. Es wird also stets nur bewußte oder unbewußte Fahrlässigkeit in Betracht zu ziehen sein.

Ein Beispiel möge alles nochmals verdeutlichen:

> Wenn bei einer Autofahrt auf vereister Straße der Wagen gegen einen Baum geschleudert und ein Mitfahrer verletzt wird, dann nützt dem Fahrer sorgfältigste Fahrweise nichts, wenn sein Begleiter aufgrund irrtümlicher Beurteilung der Situation mitfuhr, dies erkennbar war, der Fahrer die Gefährlichkeit des Weges hätte schildern müssen und er mit einem Unfall rechnen mußte.
> Die Autofahrt bleibt Autofahrt und wird durch den Unfall nicht zur Körperverletzung. Ihre Ausführung mit dem irrtümlich Einwilligenden hätte aber unterbleiben müssen. Dann wäre der Unfall nicht geschehen. Daß während der Fahrt der Fahrer alles getan hat, um den Unfall abzuwenden, ist unwichtig. Trotz vorsätzlicher Mitnahme des Dritten (u.U. sogar Freiheitsberaubung) haftet er aber nur wegen fahrlässiger Körperverletzung, wenn er bei sicherer Voraussicht des Unfalls nicht gefahren wäre.

4. Als Ergebnis dieses Absatzes läßt sich demnach festhalten, daß der Mißerfolg einer eigenmächtigen Behandlung auch ohne sonstiges Fehlverhalten des Arztes regelmäßig als fahrlässige Körperverletzung/ Tötung zu bestrafen ist. Tatbestand und Rechtswidrigkeit sind immer gegeben, die Schuld fehlt, wenn entweder die Schuld bei der eigenmächtigen Behandlung fehlt oder ein Schaden durch die Behandlung vom Arzt nicht erwartet werden konnte. Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, welchen Rechtscharakter man der kunstgerechten ärztlichen Behandlung zuspricht. Für die gegenwärtige Rechtsprechung liegt bei von Mißerfolg begleiteter vorsätzlicher Behandlung vorsätzliche Körperverletzung mit fahrlässiger Körperverletzung (u.U. gemäß §§ 224, 56 StGB) oder mit Todesfolge (§§ 226, 56 StGB) [15] vor, bei fahrlässiger Behandlung eine fahrlässige Körperverletzung /Tötung [16]. Wer der geglückten kunstgerechten Behandlung die Körperverletzungseigenschaft abspricht und sie nicht bestraft (außer nach §§ 239, 240 StGB, die aber bei bloßer Verletzung der Aufklärungspflicht nie zutreffen),

---

[14] Auch die vorsätzliche Abgabe eines Schusses erlaubt noch keinen Schluß auf Verletzungs- oder Tötungsvorsatz.

[15] richtig BGHSt 12, 385/86.

[16] Die fahrlässige Körperverletzung hatte eine weitere fahrlässige Körperverletzung zur Folge (die aber auch hätte ausbleiben können); die Gesamthandlung wird unter dieser Bezeichnung zusammengefaßt. Die fahrlässige Körperverletzung als Durchgangsstation und Wegbereiterin der fahrlässigen Tötung fällt weg, erscheint aber wieder, wenn die Tötung nicht fahrlässig war.

muß diese Rechtsansicht auch für die mißlingende Behandlung beibehalten. Er müßte aber trotzdem bei schuldhafter Eigenmächtigkeit den voraussehbaren Mißerfolg als fahrlässige Körperverletzung/Tötung bestrafen. Wenn sich keine Schuld am Mißerfolg feststellen läßt, darf dann aber nicht auf den Behandlungsakt zurückgegriffen und unter Benutzung der dortigen Schuld oder gar Schuldform der Arzt wegen Körperverletzung bestraft werden [17].

Das künftige Strafrecht wird in voraussehbar mißlingensfähigen Fällen bei vorsätzlich eigenmächtigem Eingriff eine Bestrafung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung in Verbindung mit fahrlässiger Körperverletzung/Tötung bringen müssen, bei fahrlässiger Eigenmacht wegen letzterem allein. Der Entwurf nimmt jedenfalls nur die kunstgerechte Behandlung von der Bestrafung als Körperverletzung aus. Daß die Behandlung auch keine als Körperverletzung oder Tötung strafbare Folgen haben könne, bringt er nicht zum Ausdruck. Schließlich wäre das auch ein ganz unberechtigtes, unbegründbares und in unserem Recht völlig einmalig dastehendes Ergebnis. Gerade die oft betonte angebliche Rechtsnatur der eigenmächtigen Behandlung als eines Angriffs gegen den freien Willen und die Ähnlichkeit mit §§ 239, 240 StGB hätte das längst erkennen lassen müssen.

> Wer jemand so bedroht, daß dieser einen Herzanfall erleidet oder auf der Flucht in eine Straßengrube fällt und sich verletzt, wird, wenn er ein derartiges Ergebnis seiner (zweckhaften) Drohung erkennen konnte, nach § 241 (§ 240) in Verbindung (§ 73) mit § 230 StGB bestraft. Wer jemand im vierten Stock eines Hauses einsperrt und mit einem Fluchtversuch über eine Feuerleiter o.ä. rechnen muß, wird bei tödlichem Absturz wegen Freiheitsberaubung in Verbindung mit fahrlässiger Tötung bestraft (§§ 239 III, 56 StGB). Sind Bedrohung, Nötigung oder Freiheitsberaubung fahrlässig begangen, so bleibt die Strafbarkeit nach §§ 222, 230 StGB immer noch übrig. Dagegen werden diese Delikte durch ihre Folgen nicht selbst zu einer Körperverletzung bzw. Tötung.

Die Stellungnahme zu diesem Problem der Aufklärungspflichtverletzung wurde deshalb so ausführlich und 'beispielhaft' gehalten, weil allmählich restlose Unklarheit zu herrschen scheint, welche Folgerungen aus der Heiltendenz und sachgerechten Durchführung einer Behandlung im Falle von Eigenmächtigkeit des Arztes sich ziehen lassen und welche nicht [18].

5. Im Zivilrecht richtet sich die Annahme einer fahrlässigen Körperverletzung/Tötung im Falle schädlicher Folgen der Behandlung nach den gleichen Grundsätzen wie im Strafrecht, wenn man davon absieht, daß das Zivilrecht einen objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab kennt. Es ist aber für die Haftung auf

---

[17] Die Todesfolge wäre seit Einfügung von § 56 StGB auf keinen Fall erfaßbar.
[18] Vgl. in jüngster Zeit die verschiedenen Auffassungen in JZ 61, 513.

Schadensersatz - anders als für die Verurteilung zu Strafe - nicht notwendig, daß der mögliche Eintritt schädlicher Folgen vorhersehbar und die Herbeiführung somit selbst eine unerlaubte Handlung war. Der Arzt haftet vielmehr bereits dann, wenn seine eigenmächtige Heilbehandlung - deren Charakter als Körper- oder Persönlichkeitsverletzung völlig dahinstehen kann - diese Folgen nicht nur aufgrund außergewöhnlicher, unwahrscheinlicher Umstände verursacht hat, die Behandlung also adäquat kausal für diese Folgen war.

§ 13) Die Beweislast

Während im Strafverfahren der Vertreter der Anklage alle Voraussetzungen der Strafbarkeit beweisen und als Staatsanwalt auch die dem Beschuldigten günstigen Umstände ermitteln muß, bringt das Zivilverfahren eine Verteilung der Beweislast zwischen dem klagenden Patienten und dem beklagten Arzt. Diese Verteilung ist hier deshalb von besonderer Bedeutung, weil das Aufklärungsgespräch wie auch die sonstige Begegnung zwischen Arzt und Patient sehr oft ohne Zeugen stattfindet. Dem Gericht stehen dann im Streitfall, ob und wieviel aufgeklärt wurde, außer der Parteivernehmung nach §§ 445, 448 ZPO keine weiteren Beweismittel zur Verfügung. Da die Parteivernehmung aber nicht immer volle Klarheit bringen wird, kann eine kurze Erörterung des Verteilungsprinzips einen Hinweis auf den möglichen Prozeßausgang geben und zugleich nochmals einen Überblick über die gesamte Aufklärungspflicht verschaffen.
Sobald der Eingriff in den Körper feststeht, wäre nach allgemeiner Regel die Rechtswidrigkeit 'indiziert' und der Beklagte verpflichtet, das ausnahmsweise Eingreifen eines Rechtferigungsgrundes zu beweisen. Diese Regel paßt beim ärztlichen Eingriff nicht. Hier ist nach der Erfahrung des Lebens wie in der Sicht des Rechts grundsätzlich die Rechtmäßigkeit der Behandlung infolge Einwilligung anzunehmen. Dem Arzt als Beweiserleichterung eine tatsächliche Vermutung zu seinen Gunsten zuzugestehen [1], genügt nicht, da bereits bei Erschütterung dieses 'ersten Anscheins' die Beweislast auf ihn zurückfiele. Es wird deshalb in der Beweisfrage Nipperdey [2] und Grünwald [3] darin gefolgt, daß die kunstgerechte Behandlung nur im Falle der Eigenmächtigkeit ein Delikt nach § 823 I BGB darstellt.

Der Patient ist demnach für die zum Deliktstatbestand gehörende Eigenmächtigkeit beweispflichtig, d.h. zunächst dafür, daß er die nach § 4 IV notwendige Aufklärung nicht erhalten hat [4] und auch keine Generaleinwilligung von ihm erteilt wurde. Erst wenn dieser Beweis geglückt ist, muß der Arzt den übergesetzlichen Notstand beweisen, der ausnahmsweise den Verzicht auf die Einwilligung zuließ, also: vorbehaltsloses Behandlungsinteresse, unbedingte Notwendigkeit der Behandlung und schwerste gesundheitliche Gefahr durch die Aufklärung.

---

[1] So König-K. S.24/29. BGH LM § 823 (Aa) BGB Nr.11 zieht den prima-facie-Beweis in Erwägung (!).
[2] vgl. § 2 I 2.
[3] Z 73, 10.
[4] Den Irrtum über die geplante Behandlung wird man dann prima-facie vermuten können, doch steht auch er noch grundsätzlich in der Beweislast des Patienten.

Steht die Einwilligung fest, so muß der Patient nachweisen, daß allgemein oder in seinem besonderen Fall erkennbar aufklärungspflichtige Tatsachen vorlagen und er nicht (genügend) aufgeklärt wurde. Auch seinen Irrtum [5] und, wenn der Behandlungsvorschlag von ihm ausging, die Kausalität der Nichtaufklärung muß er beweisen. Für den Wegfall der Aufklärungspflicht infolge bedingter [6] Verzichtserklärung des Patienten ist der Arzt beweispflichtig [7]. Der Patient wiederum müßte beweisen, daß eine Rechtfertigung nicht Platz greife, weil seine Einwilligung bzw. sein Behandlungsinteresse vom Arzt durch Täuschung erlangt worden sei.

Für fehlendes Verschulden ist im Rahmen eines Vertragsverhältnisses der Arzt beweispflichtig [8].

Die Beweislast beim hypothetischen Kausalverlauf ist bereits erwähnt worden (§ 11 II).

---

[5] Hier wieder Eingreifen einer tatsächlichen Vermutung möglich.

[6] für den Fall, daß Gründe der Gesundheitsförderung gegen eine Aufklärung sprechen.

[7] Die Entscheidung in § 10 II e fällt also im Zivilrecht unterschiedlich aus.

[8] Das Problem ist vor allem beim Kunstfehler bedeutsam und dort umstritten (vgl. König-K. S.83 f. und Rosenberg, Beweislast S.361 Anm. 6). Die richtige Lösung findet man, wenn man davon ausgeht, daß zwar der Arzt entsprechend § 282 BGB sein Nichtverschulden an der Schlechterfüllung zu beweisen hat, der Patient aber vorher regelmäßig die Schlechterfüllung selbst, die hier aus dem Mißerfolg allein noch nicht folgt (anders als in anderen Lebensbereichen, wo ein Schaden immer vermeidbar ist). Zur Verwechslung beider Fragen vgl. Rosenberg aaO S.363.

§ 14) Die Nichtaufklärung als Kunstfehler (Die Belehrungspflicht)

I. Der Gegenstand dieser Aufklärung und die Stellungnahme des Bundesgerichtshofs

1. Die Diskussion um die Aufklärungspflicht wird dadurch erschwert, daß man von der Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts nicht genügend unterscheidet die Aufklärungspflicht, deren Verletzung ein Kunstfehler wäre [1]. So muß der Arzt etwa sagen, wie sich der Patient bei einer bestimmten Krankheit oder nach einem bestimmten Eingriff verhalten soll, um seine rasche Genesung zu erreichen oder einen Krankheitsrückfall bzw. eine Verschlimmerung seines Zustandes zu vermeiden [2]. Diese Pflicht kann auch bei und nach einer Zwangsbehandlung entstehen [3]. Sie kann ferner ausschließlich darin bestehen, daß der Arzt von einer nicht indizierten Behandlung abraten muß [4].
Mit dieser letztgenannten Pflicht wird aber häufig bereits die weitere verbunden sein, statt der rechtlich nicht erlaubten Behandlung eine andere vorzuschlagen und die Gründe anzugeben, die für diese andere Behandlung sprechen [5]. Der Arzt

---

[1] Als Kunstfehler wird hier jeder Verstoß gegen den Heilauftrag des Arztes bezeichnet. Ähnlich weite Begriffsbestimmung bei Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht S.138 und Engisch, Fehler u. Gefahren S.1538.

[2] Vgl. RG WarnRsp 38, Nr.128: Nichtaufklärung über die tuberkulöse Grundlage einer Rippenfellentzündung als Ursache der späteren Entwicklung einer schweren Tuberkulose? Vgl. ferner LG Gießen NJW 56, 1111 (Aufklärung über das Zurückbleiben einer Injektionsnadel im Körper) und BGH VersR 60, 419 (Aufklärung über Ansteckungsgefahr in der Klinik).

[3] Vgl. § 11 GeschlG. Diese Bestimmung spricht von einer Pflicht zur Belehrung sowie in Abs.2 davon, daß eine Unterrichtung der Eltern etc. bei entgegenstehenden schwerwiegenden Gründen "nach ärztlichem pflichtgemäßen Ermessen" unterbleiben könne. Die Unterrichtung nach Abs. 2 ist im übrigen nur Sollvorschrift und zwar dann, wenn sie zur Behandlung notwendig zu sein scheint.

[4] Vgl. § 2 V 2.

[5] Vgl. BGH LM § 823 (Aa) BGB Nr.12. Hier und nur hier bei der Aufklärung über verschiedene Therapien begegnen sich die Aufklärungspflicht zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts und die Aufklärungspflicht zum Schutz der Gesundheit. Soweit die verschiedenen Therapien rechtlich gleichwertig sind (zu diesem Begriff vgl. § 15 IV), muß in bestimmtem Umfang (§ 6 I 5) aufgeklärt werden, um dem Patienten die freie Wahl zu ermöglichen. Sobald die eine oder andere Therapie rechtlich nicht mehr gleichwertig ist, muß aufgeklärt werden, um den Patienten zum Verzicht auf die geringerwertige und zur Einwilligung in die höherwertige zu bewegen. So war z.B. in dem Fall RG JW 37, 3087 je nachdem, ob man die homöopathische Behandlung der Diphterie für gleichwertig mit der Serumbehandlung hielt oder nicht, entweder eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts oder der Gesundheit zu prüfen. Nach Goldbach Dt.Z. f. ger.Med. 53, 383 bejaht auch das französische Schrifttum eine Haftung, wenn der Arzt nicht über die Notwendigkeit aufklärt, einen anderen Arzt (Spezialarzt, Krankenhaus) aufzusuchen.

muß nämlich ganz allgemein und fast ausnahmslos den Versuch unternehmen, die Einwilligung des Patienten in eine medizinisch gebotene Behandlung zu erhalten. Die darin eingeschlossene Verpflichtung, dem Patienten die Vorteile einer bestimmten Behandlung und die Nachteile einer anderen oder einer Nichtbehandlung [6] deutlich vor Augen zu führen, ist im Rahmen des vorliegenden Kapitels die wichtigste; sie ist zugleich aber auch für den Arzt am problematischsten, da sie zu einer Gefahr für das Selbstbestimmungsrecht werden kann.

2. Der VI. Zivilsenat des BGH, der auch die heute maßgebliche Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht schuf, erklärte hierzu in einem Urteil vom 16.12.1953 (VersR 54, 98):

> "Verträgt der Patient ein gefährliches Medikament nicht und ist deshalb zur Abwendung eines Gesundheitsschadens die Einnahme eines Gegenmittels [7] erforderlich, so handelt der Arzt, der die Verabreichung des Gegenmittels unterläßt, nur dann nicht widerrechtlich, wenn der Patient die Einnahme des Mittels ernstlich verweigert. Den Arzt trifft jedoch die Verpflichtung, den Patienten eindringlich und mit allem Nachdruck auf die Notwendigkeit der Einnahme des Mittels hinzuweisen, um die Einwilligung des Patienten zu erhalten [8]. Ist der Patient nicht bei vollem Bewußtsein und nicht willensfähig, so muß der Arzt das Mittel dem Patienten trotz seines Sträubens - notfalls mit Gewalt - verabfolgen".

Weiter heißt es aaO:

> "Gerade weil ein Arzt grundsätzlich gegen den erklärten Willen des Patienten zu Eingriffen in dessen körperliche Integrität nicht berechtigt ist, gehört es zu den besonders bedeutungsvollen Berufspflichten jedes Arztes, wenn er erkennt, daß bestimmte ärztliche Maßnahmen erforderlich sind, um drohende Gesundheitsschäden von dem Patienten abzuwenden, diesen mit aller Eindringlichkeit auf die Notwendigkeit der Behandlung hinzuweisen und alles nach der Sachlage Gebotene zu unternehmen, damit der Patient seine Weigerung aufgibt und seine Einwilligung zu den notwendigen ärztlichen Eingriffen erteilt. Wie Kallfelz (JW 36, 3116) mit Recht ausgeführt hat, wird häufig die Ablehnung der ärztlichen Be-

---

[6] Ein eindrucksvolles Beispiel bringt BGH MDR 55, 270 (Dallinger): Aufklärung über die bestehende Lebensgefahr, um die Ablehnung einer Klinikbehandlung zu überwinden. Grünwald Z 73, 20/21 lehnt es übrigens ab, hier von einer Aufklärungspflicht zu sprechen. Die Aufklärung sei hier nur die tatsächliche Voraussetzung für die Erfüllung der Rechtspflicht zur Vornahme der gebotenen Behandlung. Gerade dadurch wird sie aber m.E. selbst zu einer Rechtspflicht. Mit der gleichen Begründung könnte man schließlich auch sagen, die Aufklärung nach §§ 4, 5 sei keine Pflicht sondern nur die tatsächliche Voraussetzung der Erfüllung der Rechtspflicht zur Achtung der körperlichen Integrität und persönlichen Freiheit. Grünwald ist aber insofern zuzustimmen, als er für eine klare Trennung der Aufklärungsgründe eintritt. Es wäre zu überlegen, ob man hier nicht besser stets nur von einer Belehrungspflicht sprechen sollte. Gebräuchlich ist dieser Ausdruck bisher nicht (vgl. aber oben Anm. 3).

[7] im gegebenen Fall ein Abführmittel.

[8] ebenso BGH LM § 823 (Aa) BGB Nr. 12.

handlung oder eines bestimmten ärztlichen Eingriffs durch einen Kranken, der im Rechtssinne bei Bewußtsein und willensfähig ist, nicht als ernstlich gemeinte Weigerung angesehen werden können, weil Schockwirkung, Angstgefühle und unsachliche Empfindungen im Augenblick der Verweigerung der Einwilligung so stark sind, daß der Kranke ohne die nötige Überlegung rein instinktiv handelt. Erkennt ein Arzt, daß derartige unsachliche Motive . . . bestimmend sind, so ist es seine Aufgabe, den Patienten durch eindringlichen Hinweis auf die Notwendigkeit des Eingriffs und die Folgen seines Unterbleibens zu einer Sinnesänderung zu veranlassen."

Nach Ansicht des BGH waren deshalb die beklagten Ärzte zu Schadensersatz verpflichtet, da sie "die unbedingte Notwendigkeit nicht mit der erforderlichen Überzeugungskraft klar gemacht" und "nicht weiter gedrängt" hatten, als sich die Patienten gegen die Einnahme des Mittels wehrte. Der BGH verlangte stattdessen von den Ärzten die "Aufbietung aller Energie und Überredungskunst", um die Patientin zur Einwilligung zu bewegen [9].

II. Der Unterschied zur Aufklärungspflicht zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts

Wie bereits gesagt, gehören alle für die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte in dieses Kapitel und nur die vielleicht gegen die Behandlung sprechenden in die Kapitel 4-6. Die Offenbarung der Krebsdiagnose ist vom BGH zu Recht nur hier gefordert worden. Das wird vor allem klar, wenn man an die unterschiedlichen Folgen einer Nichtaufklärung hier und in §§ 4-6 denkt.
Wird die Aufklärung zum Schutze des Selbstbestimmungsrechts unterlassen und kommt es dadurch zur Behandlung, so wird dem Arzt deren Durchführung als Körperverletzung vorgeworfen [10]. Wird die Aufklärung im Sinne dieses Kapitels unterlassen und willigt der Patient trotzdem ein, so hätte er das nach Aufklärung erst recht getan. Verweigert er aber die Behandlung, dann wird dem Arzt die unterlassene Herbeiführung der günstigen Folgen der Behandlung = die ausgeblie-

---

[9] Ablehnend Grünwald Z 73, 20 (Anm.42) und Ohm VersR 59, 4, die das mit dem Grundsatz der Respektierung des Selbstbestimmungsrechts für unvereinbar halten. Bedenken auch bei Friedrich VersR 54, 380. Wie das Urteil zeigt, besteht tatsächlich die von den Ärzten erwähnte Gefahr, daß sie wegen ihrer das Selbstbestimmungsrecht wahrenden Aufklärung verurteilt werden, wenn daraufhin die Behandlung unterbleibt. Praktisch hat sie noch keine Bedeutung erlangt. Das rührt aber wohl in erster Linie daher, daß die Ärzte allgemein weit weniger aufklären, als sie nach der gegenwärtigen Rechtsprechung sollten.

[10] Davon ist zu unterscheiden, ob die Begehung der Tat eigenmächtig war. Bei dieser Frage ist dann bedeutsam, ob der Arzt auf den Willen des Patienten eingewirkt hat oder ob er nur versäumte, auf ihn einzuwirken (§ 11).

bene Gesundheitsförderung als Körperverletzung vorgeworfen [11]. Eine Verurteilung kann deshalb hier auch nur dann erfolgen, wenn die Behandlung den eingetretenen bzw. weiterbestehenden Krankheitszustand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden bzw. beseitigt oder gebessert hätte [12].
Auch die Verpflichtung zum Tätigwerden ergibt sich aus anderem Grunde. War in §§ 4-6 die allgemeine Rechtspflicht zur Wahrung der körperlichen Unversehrtheit bestimmend für die Aufklärungspflicht, so folgt sie hier aus vorangegangenem Tun (s. das Beispiel oben), aus Berufspflicht [13] oder, falls ein gültiger Vertrag vorliegt, noch konkreter aus diesem, denn in 99 von 100 Arztverträgen will der Patient die Gesundheitsförderung. Das ist die typische Hauptpflicht, die Aufklärung zur Förderung der besseren Selbstbestimmung dagegen regelmäßig nur eine Nebenpflicht aus vertragsergänzendem, dispositiven Gesetzesrecht.

III. Die Entstehung und der Umfang dieser Aufklärungspflicht

1. Wenn das Behandlungsinteresse unsicher ist oder die Gefahr der Aufklärung einerseits und der Nichtbehandlung andererseits nicht überaus schwerwiegend erscheint, dann muß nach dieser Arbeit jedenfalls über das 'Was' der Behandlung aufgeklärt werden. Ist der Patient daraufhin nicht zur Einwilligung bereit, dann muß die Aufklärung zum Zwecke der Einwilligungserteilung einsetzen und zwar laut BGH immer, wenn der Arzt "unsachliche Motive als bestimmend für die Weigerung erkennt". Richtigerweise wird man hier wie in § 5 IV a eine derartige Möglichkeit ausreichen lassen und nur für die Schuld, nicht aber für die Rechtswidrigkeit auf die individuelle Erkenntnis abstellen. Die Aufklärungspflicht entsteht also immer dann, wenn ein verständiger, aufmerksamer Beobachter ein unsachliches Motiv als möglich erkennt [14].

2. Hält der Patient nun mit seiner Einwilligung zurück, weil er noch nähere Auskünfte über die Behandlung haben möchte, so muß ihm ein vollständiges, wahrheitsgemäßes Bild der Behandlung vermittelt werden. Der Arzt muß also in die-

---

[11] Die Unterlassung der Körperverletzung 'Behandlung' kann natürlich nicht selbst eine Körperverletzung sein, hat aber eine solche zur Folge. (Der Sprachgebrauch in § 9 IV 3 war also ungenau, sollte aber das Problem verdeutlichen).
[12] Im Zivilprozeß kann es aber zu einer Umkehr der Beweislast kommen. Vgl. dazu RGZ 171, 171 und § 15 III.
[13] Engisch, Krankenhausarzt 60, 140 spricht hier von der "Fürsorgepflicht" des Arztes. Die Aufklärungspflicht dieses Kapitels wird deshalb auch von ärztlicher Seite anerkannt (vgl. Neidhardt NJW 56, 1098).
[14] Mögliche Ursächlichkeit dieses Motivs und die Begründung der Rechtspflicht zur Aufklärung sind hier unproblematisch.

sem Fall auch auf notwendige und mögliche schädliche Folgen der Behandlung hinweisen, die er bei medizinischen Bedenken dem einwilligungsbereiten Patienten hätte verschweigen dürfen. Der Grund dafür liegt im Täuschungsverbot. Würde nämlich der Arzt auf das Aufklärungsverlangen des Patienten nicht mit sachlichen Darlegungen eingehen sondern stattdessen irgendwelche Besorgnisse gegen die Behandlung einfach ableugnen, dann würde er den Patienten vorsätzlich irreführen. Selbst ein edler Beweggrund könnte aber die durch Täuschung erlangte Einwilligung nicht rechtswirksam machen. Ebensowenig dürfte der Arzt den Patienten zwingen, auf die Aufklärung zu verzichten [15]. Ein solcher Zwang wäre rechtswidrig und abgesehen davon wohl mindestens genauso beunruhigend und dadurch schädlich wie die Aufklärung selbst.

3. Bezüglich der Aufklärungsform gilt das in § 6 III 2 Gesagte. Die Möglichkeit einer schonenden Form läßt sich allerdings in vielen Fällen bezweifeln [16].

IV. Die Wechselbeziehung zur Aufklärungspflicht nach § 5

Beim Patienten, der das verlangt, kommt also in dieser Arbeit auch die für den Heilerfolg ungünstige Aufklärung zur Förderung der besseren Selbstbestimmung zum Zuge und zwar im gleichen Maße wie beim BGH. Dieser muß sich aber nochmals auf die Einwände hinweisen lassen, die gegen seine grundsätzliche und fast ausnahmslose Forderung einer solchen Aufklärung beim einwilligungsbereiten Patienten bestehen:
Nachdem auch für den BGH der gute Zweck der Behandlung feststeht und er annimmt, nur ein Verkennen seines wahren Interesses werde häufig den Patienten zur Ablehnung verleiten, fordert er praktisch den Arzt auf, die durch die Aufklärung nach § 5 geweckten Bedenken mit aller Beredsamkeit wieder zu zerstreuen. Dieses Vorhaben hält der BGH ferner offensichtlich für sehr aussichtsreich. Ginge es nun nur um die Bequemlichkeit des Arztes, so ließe sich die in den Augen des BGH demnach regelmäßig ohne Folgen bleibende Aufklärung zur Förderung der besseren Selbstbestimmung um der Ausnahmen willen noch unbedenklich rechtfertigen. Kann diese Aufklärung aber für den Fall der Behandlung oder auch sonst schädliche Wirkungen haben, dann wird der Schutz der Minderheit auf Kosten der großen Mehrheit äußerst bedenklich.

---

[15] Vgl. § 5 V 1.
[16] Vgl. dazu Roemer JZ 60, 137 und Schriftenreihe S.10.

Obwohl das meiste zu diesem Thema bereits gesagt wurde, ist die Wiederholung an dieser Stelle nicht überflüssig. Ist der BGH nämlich der Meinung, daß es nicht wenige Personen gibt, die in eine kunstgerechte, notwendige Behandlung zwar einwilligen, wenn sie keine vollständig klare und zutreffende Vorstellung von ihrer Bedeutung haben, nach Aufklärung aber aus unüberwindbaren vernünftigen Gründen nicht mehr, dann darf er bei Unterlassen der Aufklärung zum Erhalt der Einwilligung nicht wegen Körperverletzung verurteilen, weil er dann nie die sichere Überzeugung haben kann, daß nach dieser Aufklärung der Patient dem Rat des Arztes gefolgt wäre und sich hätte behandeln lassen [17]. Ist er andererseits der Meinung, nur wenige Personen würden so handeln, dann läßt sich auf den theoretisch noch verbleibenden Restzweifeln eine Rechtsprechung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht nach §§ 5, 6 bei allgemein möglicher, selbst nur geringfügiger Schädlichkeit schwer aufbauen. Tatsächlich sind aber zumindest unter denjenigen, die ohne Aufklärung zur Einwilligung bereit sind, kaum Personen mit ernsthaften Gründen gegen die Behandlung. Derartige Gründe verschaffen sich auch ohne Aufklärung nach § 5 Geltung, d.h. die betreffenden Patienten rühren sich und verlangen mindestens nähere Auskünfte, ehe sie einwilligen.

V. Der Wegfall dieser Aufklärungspflicht

Da gegen die Aufklärung über die Gefahren der Nichtbehandlung schwere Bedenken bestehen können und da ferner der aufklärungsheischende Patient nicht einseitig unterrichtet werden darf, ergibt sich daraus eine Einschränkung der medizinisch indizierten Aufklärung. Die Pflicht zu dieser Aufklärung besteht nämlich nur solange, als der Vorzug einer Behandlung die Nachteile einer Aufklärung überwiegt. Würde der Nutzen einer Behandlung aller Voraussicht nach geringer sein als der durch die Aufklärung anzurichtende Schaden, dann darf die Aufklärung entfallen. Mit der Aufklärung muß aber zugleich stets auch die Behandlung entfallen, denn gegen den Willen des Patienten darf nicht behandelt werden.
Der Arzt kann jedoch z.B. kunstgerecht handeln, wenn er lieber auf einen vielleicht etwas lebensverlängernden oder schmerzlindernden Eingriff verzichtet als daß er zum Zwecke einer nicht sicheren Einwilligungserteilung eine unheilbare Krankheit mitteilen würde.
An dieser Stelle dürfte auch kaum ein Widerspruch zur Rechtsprechung bestehen. Auch der BGH fordert z.B. die Aufklärung über die Krebsdiagnose dann nicht,

---

[17] Zur Kausalität und zur unrichtigen Verteilung der Beweislast, die dieses Ergebnis im Zivilprozeß vermeiden hilft, vgl. unten Zif. VI.

wenn konkret schwere gesundheitliche Störungen zu erwarten sind. Er läßt dann auch einen Verzicht auf die Aufklärung über das 'Wider' und vielleicht sogar über das 'Was' der Behandlung zu, d.h. er gibt eine Behandlungsbefugnis ohne Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts.
Alle diese Fälle werden aber von dieser Arbeit bereits in § 9 II und III erfaßt. Wo diese Arbeit ein gesichertes Behandlungsinteresse bzw. eine Einwilligung unter Aufklärungsverzicht voraussetzt und annimmt, verweist die Rechtsprechung auf die mutmaßliche Einwilligung: der Arzt muß glauben dürfen, der Patient würde einwilligen, wenn er aufgeklärt werden könnte. Die in ihren Augen rechtsunwirksame irrtumsbehaftete Einwilligung würde sie dabei vermutlich als einigermaßen sichere Stütze für eine solche Auffassung bezeichnen und ausreichen lassen. Ließe sich dagegen kein Schluß auf einen vermutlichen Behandlungswillen des Patienten ziehen - und nur um diese Fälle fehlender Einwilligung und dadurch unsicheren Behandlungsinteresses handelt es sich oben -, dann wäre eine Behandlung ebenso wie in § 3 I unzulässig. Keineswegs gestattet es die Rechtsprechung, unter Berufung auf die objektive Interessenlage gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten zu behandeln [18]. Wo keine mutmaßliche Einwilligung festgestellt werden kann, verbleibt auch für den BGH nur noch die Möglichkeit einer Güterabwägung zwischen den Gefahren einer Nichtbehandlung und einer Aufklärung. Sind letztere gleich groß oder größer, dann darf der Arzt auf die Behandlung verzichten und braucht nicht mehr aufzuklären; im übrigen muß er aufklären, um eine eindeutige Entscheidung zu erhalten. Er darf aber nicht gleichzeitig nicht aufklären und behandeln [19].

VI. Die Ursächlichkeit der Verletzung dieser Aufklärungspflicht.
Die Beweislast. Die Schuld.

1. Da jede Behandlung an die Einwilligung des Patienten gebunden ist und das Fehlen der Einwilligung daher den Arzt zur Untätigkeit verpflichtet, muß zusätzlich zur Erwartbarkeit eines Gelingens der Behandlung noch eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür gegeben sein, daß der Patient nach Aufklärung

---

[18] Das wurde in § 3 I als richtig bezeichnet.
[19] Dieses Ergebnis könnte der Arzt dadurch zu vermeiden suchen, daß er den Patienten bittet, ihm zu vertrauen und auf Aufklärung zu verzichten, andernfalls er die Behandlung ablehnen müsse. Geht der Patient darauf ein, so ist seine Einwilligung nicht unter rechtswidrigem Zwang zustande gekommen, denn der Arzt hat hier das Recht, von der Behandlung Abstand zu nehmen, falls er zuvor aufklären müßte. Ob ein solches Verhalten des Arztes zweckmäßig wäre und an Schädlichkeit nicht einer Aufklärung gleichkäme, sei dahingestellt.

eingewilligt hätte. Besteht eine derartige Wahrscheinlichkeit nicht, dann ist der Beweis der Ursächlichkeit der Nichtaufklärung mißlungen. Allenfalls liegen noch vorsätzlicher Versuch einer Gesundheitsbeschädigung oder fahrlässige Gefährdung der Gesundheit vor, die aber beide nicht strafbar sind und keinen Schaden hervorgerufen haben.

2. BGH VersR 54, 99 hielt nun die Ärzte dafür beweispflichtig, daß die Patientin bei ihrer Weigerung geblieben wäre. Dem könnte an sich nur die Vorstellung zugrundeliegen, die Ablehnung der Behandlung beruhe zunächst einmal auf dem unzureichenden Einwirken und ob die Ablehnung bei Erfüllung der Aufklärungspflicht aufrechterhalten worden wäre, sei eine Frage der hypothetischen Kausalität [20]. Einer derartigen Argumentation müßte aber widersprochen werden. Solange dem Arzt die Einwilligung fehlt, handelt er durch das Unterlassen der Behandlung im Rechtssinne nicht. Und das Fehlen der Einwilligung hat der Arzt nur dann zu vertreten, wenn seine Aufklärung die Einwilligung herbeigeführt hätte.
Die ärztliche Aufklärung hätte nun zunächst sicher die Motive des Patienten vervollständigt und dessen Überlegungen beeinflußt. Diese internen Vorgänge interessieren für die Kausalität aber nur, wenn sie im Ergebnis den Entschluß des Patienten verändert hätten. Wäre dieser nach wie vor ablehnend gewesen, dann hat das Unterlassen der Aufklärung die Nichteinwilligung und damit die Nichtbehandlung überhaupt nicht verursacht [21].
Den Patienten trifft demnach stets die Beweislast für die klagebegründende Tatsache, daß die Verletzung der Aufklärungspflicht ursächlich für seine Nichteinwilligung war. Vielleicht kann man in bestimmtem Umfang (z.B. bei Verschweigen harmloser Hilfsmöglichkeiten) mit einem Beweis 'ersten Anscheins' helfen [22]. Auch kann man gemäß § 286 ZPO dem Patienten glauben und den Beweis als geführt ansehen. Es hieße aber frivolen Ansprüchen Tür und Tor zu öffnen, wenn der Patient zuerst eindeutig 'Nein' sagen und dann mit der Behauptung, er habe das gar nicht so ernst gemeint und wäre bei etwas gutem Zureden durchaus zur Einwilligung zu bewegen gewesen, dem Arzt den Beweis für das Gegenteil

---

[20] Die Grundsätze, nach denen im organischen Bereich ausnahmsweise die Nichtursächlichkeit eines grob unsachgemäßen Verhaltens in die Beweislast des Arztes gestellt werden kann (vgl. dazu § 15 III), sind hier, wo der Wille des Patienten in Frage steht, m.E. völlig unanwendbar. Auch hätte der BGH die Annahme einer Umkehr der Beweislast ausdrücklich erwähnen und näher begründen müssen.

[21] Genau so wurde in § 11 die Ursächlichkeit der Nichtaufklärung für die Einwilligung nachgeprüft und für den Fall unterlassenen Einwirkens wie hier entschieden.

[22] In BGH VersR 54, 98 wäre dieser Beweis bereits dadurch erschüttert, daß die Ärzte das Mittel nicht verschwiegen, sondern dringend empfahlen.

aufbürden dürfte [23].

3. Als Schuldform wird stets nur Fahrlässigkeit in Betracht kommen. Der Arzt mußte sowohl die Möglichkeit einer Gesundheitsförderung als auch die Überwindbarkeit der ablehnenden Haltung des Patienten vorhersehen können [24].

---

[23] In erster Linie deshalb, und nicht, weil es weitere eindringliche Mahnungen verlangte, halte ich BGH VersR 54, 98 für falsch.

[24] Zur Beweislast beim Verschulden vgl. § 13 Anm. 8.

§ 15) Die Aufklärung als Kunstfehler

I. Die Stellungnahme des Reichsgerichts und das Verhältnis zur Rechtsprechung über die Aufklärungspflicht

1. Die große Sorge der Ärzte ist es bekanntlich, durch ihre Aufklärung Schaden anzurichten. Einen solchen Fall hatte das RG im Jahre 1932 einmal zu beurteilen [1]:

> Angeklagt war ein Heilbehandler, der gegenüber einer Patientin u.a. geäußert hatte, sie habe "Anlagen zu Krebs" und es seien bereits "deutliche Krebsknurren vorhanden". Die Patientin geriet in große seelische Erregung und mußte schließlich wegen "schwerster Depression mit Selbstmordneigung" in eine Heilanstalt eingeliefert werden. Das Erstgericht hatte wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt mit der Begründung, die offene Erklärung von ärztlicher Seite, ein Mensch leide an Krebs, sei geeignet, den Betreffenden körperlich und seelisch schwer zu erschüttern; deshalb müsse es als Pflicht des Naturheilkundigen ebenso wie des Arztes angesehen werden, gerade bei Krebskranken "besonders schonend vorzugehen und die sonst erlaubte oder gebotene Offenheit gegenüber dem Patienten wesentlich einzuschränken, falls nicht besondere Umstände die Mitteilung der Wahrheit erheischten" [2].
> Das RG hob das Urteil auf. Es erklärte, "regelmäßig" sei auch die Krebsdiagnose mitzuteilen, "soweit nicht daraus aus besonderen Gründen des Einzelfalles eine Beeinträchtigung der Heilung zu befürchten sei". Der Kranke habe "das Interesse und den Anspruch, wahrheitsgemäß über die Natur seines Leidens unterrichtet zu werden". Nur dann könne er sachgemäß darüber entscheiden, ob und welcher Behandlung er sich unterziehen wolle. Volle Aufklärung sei "vornehmlich geboten, wenn sie zu Heilzwecken erforderlich erscheint; und gerade bei einem Naturheilkundigen kann die Pflicht zur Angabe der vollen Wahrheit, auch über den Ernst des Leidens, besonders dringend sein, weil er nur dann vom Kranken eine so peinliche Befolgung seiner naturheilkundlichen Vorschriften erwarten kann, wie sie nach seiner Lehre erforderlich ist, damit nicht jede Aussicht auf Erfolg schwindet". Nebenbei habe der Patient besonders bei einer gefährlichen Erkrankung völlige Aufklärung regelmäßig nötig, um seine häuslichen und geschäftlichen Angelegenheiten bestellen zu können.
> Das RG gestand aber zu, daß "ausnahmsweise" die Persönlichkeit des Kranken, sein körperliches und seelisches Befinden von der Verpflichtung zur völligen Aufklärung befreien könnten. Die Art der Aufklärung schließlich sei eine Frage des Takts, nicht jede Verletzung des Takts sei schon ein Kunstfehler.

---

[1] RGSt 66, 181. Das Urteil wird gern zur Begründung dafür herangezogen, daß das RG auch eine Aufklärung über die Krebsdiagnose gefordert habe. Das RG urteilte hier aber nur über das Recht, nicht die Pflicht zur Aufklärung. Die weitergehenden Ausführungen sind reines obiter dictum. Wann und wie das RG ein Schweigen tatsächlich mißbilligt hätte, ist aus dem Urteil nicht zu ersehen.

[2] Zustimmend König-K. S.23, die die andere Anschauung des RG "bedauerlich" finden.

Zusammenfassend sagte das RG dazu:

> "Ob ein solcher (Kunstfehler) im Einzelfall vorliegt - sei es, weil mit Rücksicht auf die gegebenen und bei der gebotenen Sorgfalt erkennbaren besonderen Umstände die unbeschränkte Kundgebung der Wahrheit überhaupt, sei es, weil die Art, in der sie geschah, die Heilung nach den Erfahrungen und Lehren der ärztlichen Wissenschaft nur ungünstig beeinflussen konnte, - wird regelmäßig nur durch Vernehmung von Sachverständigen [3] zu ermitteln sein." (aaO S.183).

2. Diesem Urteil folgt allem Anschein nach die heutige Rechtsprechung über Umfang und Form der das Selbstbestimmungsrecht wahrenden Aufklärung bei medizinischen Bedenken. Wenn der BGH wie das RG eine schonende Form fordert und ausnahmsweise bei besonderen Umständen des Einzelfalles ein Recht zum Schweigen gibt, dann liegt dem doch wohl die Vorstellung zugrunde, daß andernfalls die Aufklärung ein verbotener Kunstfehler wäre. Lassen wir das nicht so bedeutsame Problem der Aufklärungsform beiseite, so würde das heißen: die Aufklärungspflicht entfällt, weil und wo sie einer Nichtaufklärungspflicht Platz zu machen hat. Solange der Arzt aufklären darf, muß er also auch aufklären; sobald er aber nicht mehr aufklären muß, darf er auch nicht mehr.

II. Die Kritik an der Rechtsprechung

Einem Grundsatz, nach dem die kunstfehlerhafte Aufklärung verboten ist, kann nur zugestimmt werden. Er entspricht als Verpflichtung genau dem, was die Ärzte als Recht für sich in Anspruch nehmen und was auch für jedes sonstige ärztliche Handeln gilt. Verwundern muß dann allerdings, wie eng und abweichend vom üblichen Begriff das RG und ihm folgend der BGH hier den Kunstfehler bestimmen [4,5]. Die Aufklärung ist nicht nur dann ein Kunstfehler, wenn "mit Rücksicht auf die besonderen Umstände die Kundgebung der Wahrheit die Heilung nur ungünstig beeinflussen kann", sondern immer, wenn nach den Gesetzen der Heilkunst bei einer Betrachtung des konkreten Falles ex ante die

---

[3] dagegen Goldhahn-Hartmann S.37, da der Sachverständige nachträglich die Lage nicht mehr beurteilen könne.

[4] Goldhahn-Hartmann S.37/38 entnehmen dem Urteil, daß der Arzt unbedingt sicher sein müsse, der Kranke werde die Wahrheit vertragen. Diese Sicherheit bestehe "praktisch niemals". Das RG hatte in Wirklichkeit gefordert, daß der Arzt unbedingt sicher sein müsse, der Patient werde die Wahrheit nicht vertragen. Und auch diese Sicherheit besteht praktisch (fast) niemals.

[5] Einen umgekehrten Fall zu weiter Begriffsbestimmung bringt BGH NJW 59, 2028 mit Kritik von Schmidt-Leichner NJW 59, 1998 und Eb.Schmidt NJW 60, 362. Schäfer NJW 60, 88 stimmt dagegen dem BGH zu.

Nichtaufklärung für die Gesundheit des Patienten besser ist als die Aufklärung [6]. Die Aufklärung des einwilligenden Patienten ist also schon dann ein Kunstfehler, wenn eine anerkannte ärztliche Regel sagt, die Behandlung ohne Aufklärung sei vorzuziehen, weil eine Aufklärung nach allgemeiner Erfahrung möglicherweise ungünstig wirken kann und keine besonderen Umstände diese Möglichkeit mit Sicherheit ausschließen. Umgekehrt ist die Aufklärung des nicht einwilligenden Patienten nicht schon dann ein Kunstfehler, wenn die Aufklärung für sich "nur ungünstig wirken kann", sondern erst, wenn - immer ex ante betrachtet - die Schädlichkeit der Aufklärung die Nachteile einer Nichtbehandlung überwiegen würde.

Auch die Hinweise des RG auf die Pflicht zur Aufklärung stehen mit dem selbst aufgestellten Verbot einer kunstfehlerhaften Aufklärung nicht in Einklang. Soweit auf die Notwendigkeit der Aufklärung zu Heilzwecken aufmerksam gemacht wird, ist lediglich im Rahmen der Prüfung eines Kunstfehlers zu fragen, ob die Förderung der Heilungsaussichten die Gefährdung aufwiegt. Tut sie das nicht, dann ist die Aufklärung trotz gewisser Vorteile nach wie vor ein Kunstfehler. Die Pflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und zur Auskunft nach § 7 können an der Eigenschaft der Aufklärung als eines Kunstfehlers nichts ändern. Soll die kunstfehlerhafte Aufklärung ausgeschlossen sein, dann müssen diese Pflichten hintanstehen [7]. Das RG hält selbst eine kunstfehlerhafte Aufklärung offensichtlich für nicht zu rechtfertigen und gibt mit keinem Wort zu erkennen, daß es im Falle eines schuldhaften Kunstfehlers im Hinblick auf die verbleibenden Gründe für eine Aufklärung nicht bestraft hätte.

III. Die Haftung für die Aufklärung; Verursachung und Rechtswidrigkeit

Soll die Aufklärung straf- oder zivilrechtliche Haftung auslösen, so muß sie einen Schaden verursacht haben. Sie Ursächlichkeit wird nur schwer zu beweisen sein, denn ein allgemeiner Erfahrungssatz von der Schädlichkeit der Aufklärung reicht noch nicht aus, um die für eine Verurteilung erforderliche Gewißheit zu erlangen,

---

[6] Auch die schon einmal zitierte Benutzung unsteriler Instrumente ist ein Kunstfehler nicht nur dort, wo besondere Umstände darauf hindeuten, daß der Körper keine genügende Abwehrkraft gegen eine Infizierung aufbringen wird und sich deshalb mit Sicherheit ein ernsthafter, nicht behebbarer Schaden erwarten läßt.

[7] So auch Bohne in einer Besprechung des Urteils JW 33, 2065: "Pflicht zur Wahrheitsunterdrückung, wo der Heilzweck in Frage kommt".

daß der Schaden ohne Aufklärung nicht eingetreten wäre [8]. Steht die Ursächlichkeit aber fest oder kann im Zivilverfahren ein Beweis 'ersten Anscheins' nicht erschüttert bzw. bei Beweislastumkehr die Ursächlichkeit nicht ausgeschlossen werden, dann wird bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit ausschlaggebend, ob die Aufklärung kunstgerecht war oder nicht. War die Aufklärung geboten, d.h. erschienen ex ante die Vorteile der Aufklärung für die Gesundheit des Patienten größer als die Nachteile, dann ist ein wider die überwiegende Wahrscheinlichkeit doch eingetretener Schaden nicht rechtswidrig [9]. War dagegen die Aufklärung medizinisch fehlerhaft, dann ist der durch die Aufklärung eingetretene Gesundheitsschaden rechtswidrig. Eine Rechtfertigung der fehlerhaften Aufklärung durch die Pflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts findet nicht statt. Der in die Behandlung einwilligende Patient bringt damit keine Einwilligung in ein kunstfehlerhaftes Verhalten zum Ausdruck, sondern er erklärt im Gegenteil ausdrücklich, die bestmögliche Förderung seiner Gesundheit durch die Behandlung zu wollen. Nachdem er diesem Rechtsgut den Vorrang eingeräumt hat, scheidet neben der Einwilligung auch übergesetzlicher Notstand als Rechtfertigungsgrund für eine Aufklärung aus. Der nicht einwilligende Patient erhält zwar auch die vielleicht schädlich wirkende Aufklärung zugunsten seines Selbstbestimmungsrechts - aber nur als einen durch das Täuschungsverbot bedingten notwendigen Bestandteil einer Aufklärung, die insgesamt gesehen kunstgerecht bleibt. Eine kunstfehlerhafte Aufklärung zum Schutze des Selbstbestimmungsrechts gibt es also überhaupt nicht.

---

[8] Auf diesem Umstand beruhte letztlich auch die Aufhebung des Ersturteils im obigen Beispiel (aaO S.184). Im Zivilverfahren kann hier allerdings ein Beweis 'ersten Anscheins' (vgl. dazu BGHZ 11, 227) oder bei grob leichtfertigem Verhalten eine Beweislastumkehr (vgl. dazu RGZ 171, 171 und BGH VersR 56, 499) eingreifen. Wenn BGH JR 59, 63 (mit zust. Anm.Böhmer) ohne nähere Abgrenzung auch in anderen Fällen eine Beweislastumkehr annimmt, so ist das abzulehnen. Blomeyer AcP 158, 106 fordert mit Recht, die Beweislastumkehr auf Fälle eines "schweren Vorwurfs" zu beschränken. Es berührt überhaupt merkwürdig, daß die Rechtsprechung die Schwierigkeit einer Ursachenfeststellung im körperlichen Bereich auf diesem Wege zugunsten des des Patienten überwindet, andererseits aber vom Arzt fordert, die sichere Verursachung eines Schadens durch seine Aufklärung vorausschauend festzustellen. Einen derartigen Beweis als Rechtfertigung der Nichtaufklärung zu führen, ist für den Arzt nahezu unmöglich.

[9] Vgl. dazu § 2 II 3. Man kann m.E. das pflichtmäßige Handeln nicht als einen Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf den Erfolg bezeichnen und sagen, der Erfolg sei gerechtfertigt. Diese Feststellung muß der Jurist aber nicht treffen. Es genügt und ist richtig zu sagen: das durch ein pflichtmäßiges Handeln verursachte Ereignis verstößt nicht gegen die Rechtsordnung. Diese kann nicht ein bestimmtes Verhalten gebieten und zugleich das an sich unerwünschte, manchmal aber leider nicht zu vermeidende zufällige Ergebnis dieses Verhaltens 'rechtswidrig' nennen. Ein solcher Begriff der Rechtswidrigkeit wäre zu weit gespannt.

Nur aus den in § 7 genannten Gründen könnte in seltenen Fällen eine Rechtfertigung der fehlerhaften Aufklärung in Betracht kommen. Wenn der Patient trotz anfänglichen Ausweichens des Arztes eine Aufklärung über den Befund haben will, muß man darin die erklärte Einwilligung in eine gesundheitliche Gefährdung sehen. Der Arzt dürfte dann aufklären, da nicht anzunehmen ist, daß ein Gebrauchmachen von der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Eine Verpflichtung zur kunstfehlerhaften Aufklärung kann m.E. aber ebenfalls nicht angenommen werden, so daß hier ausnahmsweise aus rechtlichen Gründen ein Aufklärungsrecht zwischen Aufklärungspflicht und Nichtaufklärungspflicht entstünde [10].

IV. Die Folgen aus der Unbestimmbarkeit eines Kunstfehlers

1. Um die Erörterung nicht zu verwirren, wurde bisher immer unterstellt, ein in der Aufklärung bzw. Nichtaufklärung liegender Kunstfehler lasse sich stets auch nachweisen. In Wirklichkeit dürfen vor den Schranken des Rechts sehr oft verschiedene ärztliche Verhaltensweisen für sich in Anspruch nehmen, kunstgerecht zu sein. Theoretisch ist zwar im bestimmten Fall immer nur ein Verhalten richtig und jedes andere falsch. Da aber die menschliche Erkenntnis meistens unsicher bleibt, kann es über den Wert oder Unwert einer ärztlichen Handlung zu nicht behebbaren Meinungsverschiedenheiten kommen. Auch über die Vorzüge und Nachteile einer Aufklärung im Verhältnis zur Nichtaufklärung besteht in der Ärzteschaft nicht überall die gleiche Ansicht. Rechtlich sind nun abweichende Meinungen solange zulässig, als nicht ein Vergleich der Erfolgsaussichten im konkreten Fall eindeutig entweder für die Aufklärung oder für die Nichtaufklärung spricht [11]. Es gilt hier, was allgemein bei der Wahl zwischen zwei oder mehr Möglichkeiten gilt: Besteht ernsthafter, sachlich begründeter Streit darüber, welches Handeln den Vorzug verdient, dann muß dieser Streit innerhalb der ärztlichen Wissenschaft ausgetragen werden. Der Jurist darf nicht eine Auffassung schlechthin für falsch erklären, denn damit würde er die Diskussion beenden und den

---

[10] Davon zu unterscheiden ist die Frage nach einem Aufklärungsrecht neben der Aufklärungspflicht, die bejaht werden muß. So darf der Arzt z.B. auch auf unwesentliche Gefahren oder ungebräuchliche Heilmethoden hinweisen. Die Beunruhigung durch eine unnötige Aufklärung hat das RG übrigens sehr früh als einen Kunstfehler bezeichnet (RGZ 78, 434). Warum sollte das für die (aus anderem als medizinischem Grunde) angeblich "nötige" Aufklärung nicht gelten?

[11] Vgl. dazu RGSt 64, 263 (270); BGH NJW 60, 2253; Eb.Schmidt in Ponsold S.46 f.; Engisch, Fehler u. Gefahren S.1539; Loewe Diss. München 1960.

Fortschritt der Medizin hemmen [12]. Es scheint freilich fast so, als ob die Gerichte bei der Forderung nach Aufklärung zusätzlich zur unüblichen engen Auslegung des Kunstfehlerbegriffs noch geneigt wären, diesen sonst längst anerkannten Grundsatz zu vernachlässigen und die Nichtaufklärung nur zuzulassen, wenn von allen Ärzten übereinstimmend die Schädlichkeit der Aufklärung behauptet würde. Deshalb soll hier vorsorglich betont werden, daß bei abweichenden ärztlichen Ansichten über die Fehlerhaftigkeit einer Aufklärung nicht die Partei der aufklärenden Seite ergriffen und der nichtaufklärenden die Berufung auf ihre medizinisch gleichwertige Meinung versagt werden darf.

2. Die bisherigen Ausführungen zum Problem des Kunstfehlers bedürfen also einer höchst wichtigen Ergänzung in all den Fällen, wo die Entscheidung anhand der ärztlichen Erfahrung nicht eindeutig entweder für oder gegen die Aufklärung getroffen werden kann. In § 9 III bedeutet das: die Aufklärung darf bereits entfallen, wenn sie nach der sachlich begründeten Auffassung des behandelnden Arztes allgemein schädlich wirken könnte. Sie muß entfallen, wenn sie nach allein anerkannter ärztlicher Regel so wirken kann. Und sie darf nur dann nicht entfallen, wenn die Ansicht des Arztes, eine Aufklärung sei fehlerhaft, grundlos der ärztlichen Erfahrung widerspräche.
In § 14 V gelten die gleichen Sätze: die Aufklärung muß erfolgen, wenn die lex artis sagt, die schädliche Wirkung einer Aufklärung sei voraussichtlich geringer als der Schaden einer Nichtbehandlung. Die Aufklärung darf sowohl erfolgen als auch unterbleiben, wenn neben der erstgenannten auch die entgegengesetzte Ansicht ernsthaft vertretbar ist. Sie muß unterbleiben, wenn nach der lex artis die Schädlichkeit der Aufklärung höher als die der Nichtbehandlung einzuschätzen wäre [13].

3. Schließlich muß für den Fall eines Streites über die Fehlerhaftigkeit der Aufklärung noch die Folgerung beim Eintritt eines Aufklärungsschadens gezogen werden. Die Aufklärung war nun nicht mehr geboten, aber noch erlaubt; nicht mehr pflichtmäßig, aber noch rechtmäßig. Auch der Schaden, den ein von der Rechtsordnung erlaubtes Verhalten zufällig verursacht, ist nicht rechtswidrig [14,15].

---

[12] Vgl. dazu noch König-K. S.46. König lehnt übrigens den Begriff des Kunstfehlers als unergiebig ab.

[13] Aufgrund tatsächlich bestehender Unsicherheit über das kunstgerechte ärztliche Handeln kann und wird es also beidemale in gewissem Umfang ein Aufklärungsrecht zwischen Aufklärungspflicht und Nichtaufklärungspflicht geben.

[14] Ebenso BGHZ 24, 26. Zum ganzen Problemkreis ferner En.-Nipperdey § 209, insbesondere § 209 IV A 2 c (S. 1283-85). Ob durch den Schaden überhaupt ein

V. Die Haftung für die Aufklärung; die Schuld

Aus der Feststellung eines Kunstfehlers ergibt sich erst die Rechtswidrigkeit der Schadensverursachung. Die Schuldprüfung bietet keine grundsätzliche Schwierigkeit [16]. Entfiele die Aufklärungspflicht jedoch wirklich nur, falls mit Rücksicht auf die besonderen Umstände eine Aufklärung nur ungünstig wirken kann, dann würde der Arzt, der das erkennt und trotzdem aufklärt, wegen vorsätzlicher Körperverletzung haften. Bewußte Fahrlässigkeit gäbe es nicht. Anders ist es nur, wenn man bereits die nicht auszuschließende Möglichkeit einer ungünstigen Wirkung für den Wegfall der Aufklärungspflicht und, wenn nur diese eine Möglichkeit von der lex artis bestätigt wird; für die Begründung der Nichtaufklärungspflicht ausreichen läßt.

Deliktstatbestand erfüllt wird (verneinend z.B. Welzel S.50 und S.117), soll und kann in dieser Arbeit dahingestellt bleiben.

[15] Das gebotene vom erlaubten Risiko unterscheidet neuerdings Klug, Festschrift S.249 f. Im ersteren Falle fehle die Tatbestandsmäßigkeit (Sozialkongruenz), im zweiten die Rechtswidrigkeit (Sozialadäquanz).

[16] Vgl. allgemein RGSt 67, 19/20.

§ 16) Der Einfluß der Aufklärung auf die fehlerhafte Behandlung

I. Das Problem und seine Berührung durch das Reichsgericht

1. In § 12 II wurde die Frage gestellt und bejaht, ob der ungünstige Ausgang einer kunstgerechten, aber mangels Aufklärung eigenmächtigen Behandlung eine rechtswidrige Körperverletzung/Tötung ist. In § 14 wurde weiterhin die Nichtbehandlung infolge Nichtaufklärung als möglicherweise rechtswidrige Körperverletzung/Tötung gekennzeichnet und in § 15 das gleiche über die ungünstige Wirkung einer Aufklärung gesagt. Im Unterschied dazu beschäftigt sich dieses Kapitel zunächst mit dem Problem, ob die Aufklärung aus einer fehlerhaften eine kunstgerechte Behandlung machen kann [1]. Anschließend wird dann noch geprüft, ob die Aufklärung durch den Arzt dessen Verantwortung für eine fehlerhafte Behandlung beseitigen kann.

2. Das RG hat diese Fragen anläßlich der rechtlichen Bewertung verschiedener Heilmethoden mehrfach miterörtert:

> In dem Fall RGSt 67, 12 (1931) hob das RG die Verurteilung eines Naturheilkundigen auf, der eine Blinddarmentzündung mit homöopathischen Mitteln behandelt hatte, statt eine Operation anzuraten. Der Arzt oder Heilbehandler sei "nicht verpflichtet, ein Heilmittel oder ein Heilverfahren, das gegenüber einer bestimmten Krankheit nach dem augenblicklichen Stand der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend als das wirksamste gilt, auch dann anzuwenden, wenn seine auf sachliche Gründe gestützte persönliche Überzeugung mit der überwiegenden Meinung nicht übereinstimmt". (aaO S.25). Das RG hielt jedoch den Arzt "zum mindesten verpflichtet, den Kranken . . . . auf eine Frage (!), ob nicht ein anderes Verfahren geboten sei, dahin aufzuklären, daß das von ihm beabsichtigte und angewendete Verfahren von den Vertretern der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt werde". (S.24).
>
> In dem Fall RG HRR 38, 857 hatte ein wegen fahrlässiger Tötung angeklagter Arzt bei einer Krebskranken eine lebensverlängernde Strahlenbehandlung "wegen seiner schlechten Erfahrungen mit ihr" nicht angewendet. Das RG hob den Freispruch erster Instanz auf, weil der Arzt keine sachlichen Gründe für seine Überzeugung dargetan habe, die von ihm gewählte biochemische Behandlungsweise sei gegenüber einer Bestrahlung "jedenfalls nicht minderwertig". Sollte sich bei einer neuen Verhandlung ergeben, daß die "Radiumbestrahlung weit wirksamer gewesen wäre, so könnte die Nichtanwendung grundsätzlich als ärztlicher Kunstfehler erscheinen".
> "Das Ergebnis . . . . ist zugleich entscheidend für die Frage, ob der Angeklagte verpflichtet war, . . . in gewissem Umfang über die ver-

---

[1] Umgekehrt würde das bedeuten, daß infolge Nichtaufklärung die Behandlung als fehlerhaft und somit selbst als Körperverletzung zu gelten hätte.

schiedenen Heilverfahren aufzuklären. Im allgemeinen hat ein Arzt, der eine lebensgefährliche Krankheit nach einem besonderen, sonst nicht üblichen Verfahren behandelt, die Pflicht, den Kranken oder einen Angehörigen (!) darüber zu unterrichten, daß sein Verfahren von anderen Vertretern der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt wird und auf das übliche Verfahren hinzuweisen (vgl. RGSt 67, 12/24). Das gilt ohne Einschränkung dann, wenn er weiß, daß das von ihm angewandte Mittel für eine Heilung ungeeignet ist, während das andere Mittel wenigstens eine nicht entfernt liegende Möglichkeit zur Rettung oder doch zur Verlängerung des Lebens bietet, ohne zugleich schädliche Wirkungen nach einer anderen Richtung zu verursachen".

In welcher Weise sich die Nichtaufklärung auswirken müßte, geht aus den Urteilen nicht eindeutig hervor [2]. Eb.Schmidt lehnt sie ab [3], weil die Frage, ob ein bestimmtes Heilverfahren einen objektiven Kunstfehler darstelle, mit der Frage nach der Notwendigkeit und Wirkung der Einwilligung des Patienten nicht verquickt werden dürfe.

II. Der Einfluß der Aufklärung auf das Vorliegen eines Kunstfehlers

Eb.Schmidt hat in den angeführten Beispielen recht, daß die Aufklärung keinen Einfluß darauf haben kann, ob gegen die Gesetze der Heilkunst verstossen wurde. Das wollte das RG aber auch kaum sagen. Eher war es noch der Meinung, ein Kunstfehler könne dahinstehen und eine Nachprüfung dieser Frage erübrige sich, wenn die Eigenmächtigkeit festgestellt sei, die gleichfalls zur Verurteilung wegen Körperverletzung führe [4]. Der nach Ansicht der Rechtsprechung einheitliche Tatbestand für die kunstgerechte wie für die fehlerhafte Behandlung ließe rein urteilstechnisch bis heute ein solches Vorgehen zu. Da aber die Schuldform abweichen kann [5] und die obersten Gerichte auch zur Rechtsentwicklung beitragen sollen, ist die Unklarheit der Urteile zu bedauern.

---

[2] Klarheit bringt auch nicht das von RGSt 67, 12 zitierte erste RG-Urteil dieser Art vom 18.1.29, das nicht veröffentlicht ist und nur von Ebermayer in Stich-Bauer, Fehler u.Gefahren, 2. A. 1932, S.1078/79 mitgeteilt wurde: Von einem Homöopathen (Arzt) war eine Syphilis zu spät diagnostiziert worden. Die Schadensersatzklage drang durch. Das RG erklärte die homöopathische Methode, die zu unvollständiger Erfassung der Krankheitsbilder, zu unrichtiger Behandlung, zur Verzögerung der Syphilisbehandlung und damit zur Schädigung des Kranken geführt hatte, höchstens bei vollständiger Aufklärung und Einverständnis des Patienten für anwendbar. Ebermayer aaO verlangt unter Hinweis auf RGSt 64, 263 gleichfalls zumindest eine Aufklärung des Patienten.

[3] in Ponsold S.51 und ausführlich Arzt im Strafrecht S.149 f.

[4] Zur wahrscheinlichsten Lösung vgl. unten Ziffer III.

[5] eine vorsätzlich eigenmächtige Behandlung kann zugleich fahrlässig oder nicht fahrlässig fehlerhaft sein.

Im übrigen kann Eb.Schmidt nur in der Frage der Durchführung [6], nicht jedoch in der Frage der Aufnahme der Behandlung zugestimmt werden. Eb.Schmidt übersieht die nicht seltenen Fälle, in denen das Krankheitsbild von der Persönlichkeit des Kranken mitgeprägt wird. Bei dem als Heilbehandlung zu wertenden Teil der sgn. kosmetischen Eingriffe kann sich die medizinische Indikation z.B. gerade durch die Tatsache ergeben, daß der Patient unter seiner Verunstaltung leidet und deshalb nicht bloß einwilligt, sondern ernsthaft und dringend die ärztliche Hilfe verlangt. Ohne diese psychische Belastung und den daraus entspringenden Wunsch nach Hilfe wäre ein Behandlungsbeginn fehlerhaft. Das schließt aber für den Arzt die Pflicht ein, nicht aufgrund einer Augenblicksstimmung oder unklarer Vorstellungen des Patienten zu handeln. Neben der Aufklärung über mögliche Gefahren wird vor allem ein Hinweis nötig sein, wieweit eine günstige Veränderung erwartet werden darf (§ 6 I 1). Erfüllt der Arzt seine Aufklärungspflicht und findet sich der Patient daraufhin mit seinem Zustand ab, so ist keine Behandlung mehr veranlaßt. Hält er ihn aber weiterhin für unerträglich, dann hilft der Arzt einem Kranken, wenn er behandelt [7].

Entgegen Eb.Schmidt [8] kommt diese Arbeit also zu dem Ergebnis, daß die Frage, ob etwas medizinisch richtig oder falsch ist, manchmal doch durch die Willensrichtung des Patienten beeinflußt werden kann. Eine Behandlung ohne rechtswirksame Einwilligung ist in diesen Fällen dann nicht nur eigenmächtig, sondern gleichzeitig fehlerhaft und damit eine Körperverletzung; eine Behandlung mit rechtswirksamer Einwilligung aber ist kunstgerecht [9].

---

[6] Engisch, Langenbeck's Archiv Bd. 273, 435 will dagegen anscheinend bei umstrittenen Heilverfahren eine Behandlung ohne Aufklärung als fehlerhaft, mit Aufklärung aber als richtig ansehen.

[7] In einem selbst erlebten Fall entschlossen sich die Ärzte zu einer operativen Geradestellung von X-Füßen, nachdem die Patientin beständig darum bat, in ihren Bitten auch nach aller erdenklichen Aufklärung - einschließlich direktem Abraten - nicht nachließ und die Ärzte schließlich die Überzeugung gewannen, eine wirklich "Leidende" vor sich zu haben. Trotzdem wurde später von der enttäuschten Patientin - sie glaubte, nun O-Füße zu haben - bzw. ihrem Anwalt den Vorwurf eines Kunstfehlers, mangelnder Aufklärung und der Sittenwidrigkeit (!) erhoben. Richtig war hier immerhin soviel, daß ohne Aufklärung eine Behandlung noch nicht angezeigt gewesen wäre.

[8] in Ponsold S.51 (Anm.3). Ob Mezger Dt.Z.f.ger.Med. 53, 373, gegen den sich Eb.Schmidt aaO wendet, die hier vertretene Auffassung teilt, wenn er sagt, daß auch die seelischen Beziehungen des Arztes zu seinem Patienten ein "wesentliches Moment der ärztlichen Kunst" seien, läßt sich nicht sicher feststellen.

[9] Nach § 161 E entfällt die Strafbarkeit wegen Körperverletzung nur, wenn die Behandlung den "Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes entspricht". Würde man sagen, ein gewissenhafter Arzt berücksichtige stets den Willen des Patienten, dann wäre § 162 E überflüssig. Noch weniger wird man aber sagen

III. Die Aufklärung als Haftungsausschluß für die fehlerhafte Behandlung

Die zitierten Urteile des RG lassen noch eine andere Deutung zu. Das RG kann die Aufklärung untersucht haben lediglich im Hinblick darauf, ob der Arzt für einen endgültig festgestellten Kunstfehler auch hafte. Dabei kann man zunächst auf die nichtbegangene bessere Behandlung abstellen und fragen, ob die Nichtaufklärung über die bessere Therapie nicht eine Gesundheitsförderung oder Lebensrettung durch diese bessere Therapie verhindert hat [10]. Man kann aber auch auf die begangene schlechtere Behandlung abstellen und fragen, ob diese fehlerhafte Behandlung gerechtfertigt ist. Diese Frage muß verneint werden, wenn der Arzt nicht über die bessere Therapie aufgeklärt hat, da dann die Einwilligung in die fehlerhafte Behandlung mangelhaft und rechtsunwirksam ist [11]. Hat dagegen der Arzt seine Belehrungspflicht erfüllt und verweigert der Patient daraufhin die Einwilligung in die gebotene richtige Behandlung, so kann man die Vornahme der an sich fehlerhaften Behandlung nicht ohne weiteres als rechts-

---

können, es entspreche den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes, eigenmächtig zu behandeln. Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, diese Grundsätze bei der Prüfung der Indiziertheit im oben genannten Sinne anzuwenden. (Vgl. auch Engisch, Fehler u. Gefahren S. 1523: die Frage nach der Indiziertheit ist objektiv sowohl nach technischen wie nach moralischen Gesichtspunkten zu beantworten).
Mit den Vorstellungen der Strafrechtskommission scheint sich dieser Vorschlag freilich nicht ganz zu decken (vgl. die amtl. Begründung S.279 sowie Nschr. Bd. 7, insbesondere Koffka S.197/98 und Baldus S.196/99). Innerhalb der Heilbehandlung fehlt aber jedes Kriterium dafür, wo die gewissenhafte Eigenmächtigkeit aufhören und die 'gewissenlose' beginnen soll. Ausdrücklich sei an dieser Stelle nochmals betont, daß der eigenmächtig handelnde Arzt ohnehin das volle Risiko eines Fehlschlags trägt und ein vorhersehbarer Gesundheitsschaden oder Tod als fahrlässige Körperverletzung/Tötung bestraft werden muß.

[10] In dieser Form scheint nach dem gesamten Inhalt der Urteile dem RG das Problem vorgeschwebt zu haben. Die grundsätzlich richtige Betrachtungsweise des RG ist hier dargestellt in § 14 (Belehrungspflicht). Gegen die in Ziffer II angestellte Überlegung spricht, daß das RG die Tötung in den Mittelpunkt rückte und daß bis dahin die Nichtaufklärung des einwilligenden Patienten noch nie Grundlage einer Verurteilung wegen Eigenmächtigkeit geworden war.

[11] Das hat auch nach künftigem Recht Haftung wegen (u.U. vorsätzlicher) Körperverletzung zur Folge. Auch wenn sich also in § 14 keine Körperverletzung/Tötung durch unterlassene Gesundheitsförderung nachweisen läßt, weil die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür fehlt, daß die bessere Therapie geglückt wäre oder der Patient nach Aufklärung in sie eingewilligt hätte, kann noch eine Haftung für die begangene Körperverletzung der fehlerhaften Behandlung übrig bleiben.

widrig bezeichnen [12]. Das RG selbst hat in einem früheren Urteil deshalb bestraft, weil nur in einen "nötigen" Eingriff eingewilligt worden war [13] und auch aus RG HRR 38, 857 muß man eigentlich die Zulässigkeit einer nutzlosen Behandlung im Falle der Einwilligung in sie entnehmen. Nun kann man mit Recht bezweifeln, ob es eine Aufklärung über die Nutzlosigkeit und eine in Kenntnis dessen erteilte bzw. aufrechterhaltene Einwilligung überhaupt gibt. Sollte aber wirklich einmal in eine fehlerhafte Behandlung eingewilligt werden, so spricht für eine Rechtfertigung des Arztes der Vergleich mit anderen Körperverletzungen, die ebenfalls nicht voraussichtlich nützlich, sondern nutzlos und schädlich, bei Einwilligung aber doch solange gerechtfertigt sind, als sie nicht gegen die guten Sitten verstossen. Dem ärztlichen Ethos widerspräche es freilich, bei einem Kranken einen auch nur geringfügig schädlichen oder völlig nutzlosen Eingriff vorzunehmen, selbst wenn der Kranke dazu bereit wäre [14]. Die in dieser Art fehlerhafte Behandlung bliebe also trotz Einwilligung rechtswidrig und strafbar. Anders liegen die Dinge aber dort, wo die fehlerhafte Behandlung immerhin noch einen, wenn auch geringeren Nutzen aufzuweisen hat, der sich sogar auf eine günstige seelische Beeinflussung des Kranken beschränken kann. In diesen Fällen muß man im Gegensatz zu Eb.Schmidt auch eine fehlerhafte Behandlung als durch Einwilligung gerechtfertigt ansehen und gelten lassen [15]. Soweit die Behandlung nach Aufklärung fehlerhaft und infolge Sittenwidrigkeit auch rechtswidrig bleibt, scheitert ein zivilrechtlicher Haftungsausschluß an § 138 BGB. Die Einwilligung könnte aber dennoch nicht ganz bedeutungslos bleiben, sondern müßte im Strafverfahren zur Strafmilderung und im Zivilverfahren zur Anwendung von § 254 BGB führen.

IV. Das Mitverschulden des Patienten

Eine Schadensverteilung gemäß § 254 BGB erscheint überhaupt in vielen Fällen der rechtsunwirksamen Einwilligung angebracht. Auch in der Einwilligung, die durch die Nichtaufklärung verursacht wurde, ist immer noch ein eigener Beitrag des Patienten mitenthalten. Nur selten dürfte die Einwilligung zwangsläufige Folge

---

[12] A.A. Eb.Schmidt aaO (s.Anm.3 oben) unter Hinweis auf RGSt 50, 41 (Gesundbeten).

[13] RGSt 38, 34 (1905). Für Rechtfertigung des genehmigten fehlerhaften Eingriffs anscheinend auch OLG München VersR 57, 118.

[14] An eine Rechtfertigung ließe sich vielleicht ausnahmsweise denken unter den engen Voraussetzungen, nach denen Experimente an Dritten gestattet sind. Ein solcher Fall ist aber vollends 'graue Theorie'.

[15] Ebenso Bohne in Forensische Zahnheilkunde S.78 mit Beispiel: konservative Zahnbehandlung statt richtiger Extraktion.

der Nichtaufklärung sein. Die vom Patienten abgegebene Einwilligung aber wird ihrerseits Ursache der Behandlung. Auch ein Verschulden gegen sich selbst liegt regelmäßig vor. Der Arzt trägt nicht allein die Verantwortung für die bessere Selbstbestimmung des Patienten. Wenn der Patient an seinem Ablehnungsrecht interessiert ist, kann er selbst bei geringer Intelligenz Fragen an den Arzt richten, die dieser wahrheitsgemäß beantworten muß. Lediglich bei vorsätzlicher Irreführung würde Verursachung und Verschulden auf der Seite des Arztes so überwiegen, daß eine Schadensverteilung nicht in Betracht käme.

Die Praxis, die sich bisher mit § 254 BGB noch nicht auseinandergesetzt hat, beruht dabei vermutlich nochmals auf der Verkennung des Unterschiedes zu den Fällen, wo der Patient mangels Aufklärung nicht in die Behandlung eingewilligt hat. Dort Fehlt es an einer Mitverursachung der bestimmten Behandlung durch den Patienten; der Arzt handelt völlig selbständig und nicht aufgrund einer erteilten Einwilligung.

§ 17) Rückblick und Schlußkritik

I.

§ 16 der Arbeit hat noch einmal gezeigt, daß die Einwilligung üblicherweise nur für einen kunstgerechten Eingriff Bedeutung erlangt, ein Vergleich mit der Einwilligung zu anderen Körperverletzungen also nicht angebracht ist. Ferner zeigte sich noch einmal ein anfechtbares Ergebnis der Auffassung, die keinen Unterschied zwischen Selbstbestimmung und besserer Selbstbestimmung und demgemäß auch die Verantwortung für letztere ausschließlich beim Arzt sieht.
Auch diese Arbeit ist der Meinung, daß von der Rechtsordnung nur ausnahmsweise auf die Einwilligung verzichtet werden darf und auch der Patient höchst selten auf seine Einwilligungsbefugnis verzichtet. Die Abweichung beginnt, nachdem dem Patienten gesagt wurde, was geschehen soll und er daraufhin seine Zustimmung erteilt. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft werden deshalb abgelehnt, weil sie hier die gleichen Grundsätze über die Einschränkung der Aufklärungspflicht und den Aufklärungsverzicht lehren wie für die erste Stufe der Aufklärung, weil sie insbesondere zwar teilweise den vom Arzt mit der Behandlung objektiv und subjektiv verfolgten Heilzweck beim Tatbestand prüfen und berücksichtigen, nicht aber den vom Patienten mit der Einwilligung objektiv und subjektiv verfolgten Heilzweck bei der Rechtmäßigkeit, d.h. bei der Auslegung der Einwilligung, die vorschnell 'rechtsunwirksam' und 'unbeachtlich' genannt wird.

II.

Da eine gesetzliche Festlegung der Aufklärungspflicht aber nur die zur Zeit herrschende Ansicht wiedergeben würde, kann sie schon aus diesem Grunde nicht befürwortet werden [1]. Bei der gegenwärtigen Strafrechtsreform wurde vorübergehend folgende Bestimmung erwogen:

> "Eine . . . . Einwilligung ist nur wirksam, wenn ihr eine angemessene Aufklärung über den Befund sowie über Art und Tragweite des Eingriffs oder der Behandlung vorausgegangen ist. Die Aufklärung kann unterbleiben, soweit von ihr ein schwerer Gesundheitsschaden für den Betroffenen zu befürchten ist". [2]

---

[1] Aus dem gleichen Grunde ablehnend auch Grünwald Z 73, 42. Für eine Gesetzesbestimmung Engisch, Krankenhausarzt 60, 148 und die Resolution der 77.Tagung der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, mitgeteilt aaO.
[2] Nschr. Bd.7, S.360.

Die von Schwalm [3] gegen diese Bestimmung geltend gemachten Bedenken hätten sich überwinden lassen. Schwerer wiegt, daß sie ausgesprochen irreführend gewirkt hätte:

a) Aufklärung über den Befund fordert die rechtswirksame Einwilligung in den strittigen Fällen gerade nicht.

b) Rechtswirksam ist stets die irrtumsfreie Einwilligung, auch wenn ihr keine Aufklärung vorausging.

c) Rechtswirksam ist auch die irrtümliche Einwilligung, die durch das Unterlassen der Aufklärung nicht verursacht wurde.

d) Die Behandlung ohne rechtswirksame Einwilligung darf selbst bei Befürchtung schweren Gesundheitsschadens nur stattfinden, wenn eine mutmaßliche Einwilligung feststellbar ist. In diesem Fall muß die Aufklärung unterbleiben. Ohne Kenntnis des mutmaßlichen Willens muß zwischen Aufklärung und Nichtbehandlung gewählt werden, wobei sich trotz aller Bedenken eine Aufklärungspflicht ergeben kann.

Der weitere Vorschlag von Grünwald [4], de lege ferenda die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes über den Umfang der Aufklärung entscheiden zu lassen, folgt aus der abgelehnten Lehre vom Standesethos als rechtlichem Maßstab. Wo bereits diese Grundsätze - im hier verstandenen Sinn - verletzt sind, ist die Behandlung nicht bloß eigenmächtig, sondern darüber hinaus fehlerhaft (vgl. § 16 II).

III.

Diese Arbeit sieht sich nicht fähig, einen Gesetzesvorschlag zu machen, zumal sie selbst im wesentlichen nur eine Willensauslegung vorgenommen hat, die sich nur in dem nichtssagenden Satz beschreiben ließe: "Eine Einwilligung ohne Aufklärung ist rechtswirksam, wenn der Patient erklärt hat, die Aufklärung nicht zu wollen".

Diese im Mittelpunkt stehende Behauptung eines erklärten Aufklärungsverzichts bei medizinischen Bedenken wird mit Nachdruck verteidigt, denn der einwilligende, nicht getäuschte Patient steht im Streit um die Aufklärungspflicht hier vorher tatsächlich fast ausnahmslos auf der Seite des Arztes und erst nachher manchmal und angeblich auf der Seite des Juristen. Das kunstgerechte ärztliche Handeln ist der allein erklärte Wunsch des Patienten und damit weiterhin das oberste ärztliche Gebot [5]. Man würde die Arbeit mißverstehen, wollte man sie

---

[3] MDR 60, 726.

[4] Z 73, 42.

[5] Zutreffend sagt Göppinger S.72: "Salus aegroti suprema lex" ist nicht nur die Einstellung des Arztes zum Kranken, sondern auch die Erwartung, mit der der Patient sich dem Arzt anvertraut." --- Ein Recht zur Nichtaufklärung müßte aber das Gesetz doch nur einräumen, wenn und wo die Aufklärung gegen den Willen des Patienten unterbleiben soll!

deshalb als 'arztfreundlich' bezeichnen. Sie hat keineswegs einer besonderen ärztlichen Berufsauffassung auf Kosten des Selbstbestimmungsrechts Raum verschafft, sondern lediglich festgestellt, daß regelmäßig kein Konflikt zwischen Arzt und Patient besteht, weil der Patient die ärztliche Auffassung teilt.
Die als richtig befundene Lösung ist auch praktisch durchführbar. Die meisten Unterscheidungen wenden sich an den Juristen, dessen Beruf es ist, sie zu treffen und zu beachten. Der Arzt muß nur wissen, daß er nicht täuschen darf und außer in ungewöhnlichen Lagen stets die Einwilligung braucht. Im übrigen kann er - anders als jetzt - uneingeschränkt nach medizinischen Erwägungen handeln.
Durch die Verweisung auf die Gesetze der Heilkunst wird freilich der die Einwilligung nachprüfende Richter wieder stärker vom ärztlichen Sachverständigen abhängig und in seiner Entscheidungsfreiheit eingeengt. Das ist vielleicht unbefriedigend, sicher aber notwendig, wenn der Richter eine im wörtlichen Sinne 'unheilvolle' Wirkung seiner Urteile vermeiden will.
Gewichtiger erscheint der mögliche Einwand, zwischen Einwilligung und Nichteinwilligung, Nichttäuschung und Täuschung sei die Grenze fließend und nicht genau bestimmbar; eine darauf aufbauende Lösung sei daher formal, lebensfremd und praktisch unbrauchbar. Der in den obigen Begriffen zum Ausdruck kommende Unterschied, ja direkte Gegensatz ist aber doch nicht zu leugnen und die tatsächliche Schwierigkeit jeder Grenzziehung kein Grund, eine sachlich und rechtlich gebotene zu unterlassen. Die vorhandenen Grenzfälle werden im Gegenteil dem Richter, der sie erkennt, viel von seiner Freiheit zurückgeben und ihn in die Lage versetzen, dem Selbstbestimmungsrecht eine mehr als bisher wirklich nützliche Unterstützung zu gewähren. Das soll heißen: bei der Frage, ob der Patient schon ernsthaft eingewilligt hatte oder nur zu schwach war, um dem Arzt zu widersprechen und bei der Frage, ob der einverstandene Patient über Bedenken hinweggetäuscht wurde, kann der Richter einen strengen Maßstab anlegen und im Zweifel zugunsten des Patienten entscheiden.
Vorerst aber muß der Patient nicht nur vor ärztlicher Eigenmächtigkeit geschützt werden, sondern fast mehr noch vor juristischem Übereifer, der ihm eine ungefragte, dem Heilerfolg abträgliche Aufklärung zumuten möchte. Der Jurist hat die Macht und das Recht, seine Ansicht von der Aufklärungspflicht dem widerstrebenden Arzt aufzuzwingen. Er hat deshalb auch die Pflicht, "Wesen, Tragweite und Bedeutung" dieser Aufklärungspflicht genau zu erforschen [6]. Diese

[6] Vgl. dazu auch den ähnlichen Schlußgedanken bei Engisch ZAk 41, 130.

'juristische Aufklärungspflicht' ist umso dringender, als ihre Erfüllung von niemandem unter Straf- und Schadensersatzandrohung erzwungen werden kann, sondern ausschließlich der eigenen Gewissenhaftigkeit des Juristen anheimgegeben ist.

Lebenslauf

Ich wurde am 2.Dezember 1934 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Alois Ziegler und seiner Ehefrau Margarete Z. in München geboren.

Von 1941 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in München und in Taufkirchen (Landkreis Mühldorf/Oberbayern), anschließend bis 1954 dann die Klenze-Oberrealschule München.

Ab Wintersemester 1954/55 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Rechtswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung 1958/I bestand ich mit der Note "gut" (2.90).
Dem Studium folgte der Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim OLG München, den ich im August 1962 mit der Gesamtnote "gut" (3,35) im 2. jur. Staatsexamen 1962/I beendete.